عقود البوت B.O.T

والتطور الحديث لعقد الالتزام

دراسة نقدية للنظرية التقليدية
لعقد الالتزام

دكتور

جابر جاد نصار

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

٢٠٠٢

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبدالخالق ثروت - القاهرة

الطبعة الأولى
٢٠٠٢

الحمدُ لله

فاتحة كل خير

وتمام كل نعمة

مقدمـــــــة

إزدادت أهمية العقود الإدارية فى العصر الحديـــث ســواء علـــى المستوى الداخلى نظراً لاتجاه الدولة إلى الاقتصاد الحر والاعتماد أساســـاً على القطاع الخاص . ففى ظل هذا النظام بدت بعض العقود الإدارية أسلوبا للخصخصة . فعوضا عن بيع وحدات قطاع الأعمال العـــام فـــإن الدولـــة تستطيع عن طريق عقد الالتزام وغيره من عقود الخدمات أن تعهد بإدارتها إلى القطاع الخاص وفقا لنظام يتفق عليه أطراف العقد . هذا فضـــلاً عـــن وظيفة العقد الأساسية والتى عن طريقه يكون للإدارة أن تتعاقد على شـــراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو تلقى الخدمات والدراســـات الاستشارية والأعمال الفنية .

وعلى المستوى الدولى ؛ فإن إتجاه النظام الدولـــى إلـــى العولمـــة وتحرير التجارة الدولية بين الدول وكفالة حرية تداول رؤوس الأموال بيـــن الدول المختلفة . بدا معه العقد الوسيلة الأساسية لذلك واهتمت لجان الأمـــم المتحدة فى إطار مشروعات قوانين نموذجية تدعو الدول للأخذ بها وذلـــك للتقريب بين النظم القانونية المختلفة حتى تضمن هـــذه الآليـــات تشـــجيع الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال بين دول العالم وفى هذا الإطار نشـــأت صور جديدة وأنظمة قانونية حديثة مثل التحكيم والبـــوت وعقـــود الفيـــدك وغيرها .

هذه الآليات الحديثة أصبح الأخذ بها ضرورة إذ أنها أصبحت آلية مهمة من آليات الاستثمار الأجنبى ونقل التكنولوجيا بين الدول . وعقـــود البنـــاء

والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أحد هذه الآليات ؛ وهى تعنـــى أن شـــركة المشروع تقوم ببناء مرفق عام وتشغيله مدة العقد ثم بعد ذلك تنقل ملكيتـــه إلى الدولة المضيفة . وهى فكرة ليست جديدة تماما فقد كان أول تطبيق لهذه العقود منذ ما يزيد عن قرن من الزمان يتمثل فى عقد التزام قناة الســـويس وقد أبرم لتسعة وتسعين عاماً .

وإذا كان لعقود البوت منافعها الاقتصادية فإن لها أيضـــا مخاوفـــها ومخاطرها سواء من الناحية الاقتصادية أم من الناحية السياسية . ويبقى فى نهاية الأمر تحقق هذه المنافع أو توقى هذه المخاوف مرتبط بضرورة ضبط اللجوء إلى هذه الوسيلة .

وتأتى هذه الدراسة فى ظل تطبيقات متزايدة لعقود البناء والتشـــغيل ونقل الملكية B.O.T فى مصر فى مجالات عديدة تشكل مفاصل رئيســـية للاقتصاد القومى مثل المطارات ومحطـــات الميـــاه والصـــرف الصحـــى والكهرباء والبترول والطرق وغير ذلك .

الأمر الذى يؤكد أهمية الدراسة وضرورتها . والتطور الحديث لعقد الالتزام والمتمثل فى هذه الصور الحديثة يفرض ضرورة تطور النظريـــة التقليدية للعقد الإدارى بصفة عامة سواء فى جانبها التشريعى أم فى جانبـــها القضائى والفقهى .

وترتيبا على ذلك سوف نقسم هذا البحث إلى :

فصل تمهيدى : يتنـــاول مركـــز المتعاقديـــن فـــى العقد الإدارى بين النظرية التقليدية وضرورات التطور .

أما الفصل الأول : فنبحث فيه ماهية عقـــــود البنـــاء والتشغيـــل ونقـــل الملكيـــة B.O.T .

والفصل الثانى : النظام القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .

الفصل الثالث : إنتهاء عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.t .

وذلك كما يلى :

الفصل التمهيدى

مركز المتعاقدين فى العقد الإدارى
بين النظرية التقليدية وضرورات التطور

تزداد أهمية نظرية العقود الإدارية فى العصـــــر الحديـــث نظـــراً لاتجاه الدولة إلى الخصخصة ونظام الاقتصاد الحر وذلك مـــن نـــاحيتين : الأولى تتمثل فى أن بعض هذه العقود تمثل أسلوبا لعملية الخصخصة مثـــل عقد التزام المرافق العامة بصوره المختلفة والمتطورة[١] . والثانية فى زيادة الطلب على العقود الإدارية نظرا لأن الدولة ســـوف تلجـــأ إليـــها للوفـــاء باحتياجات المرافق العامة .

هذه الأهمية تبرر ضرورة مراجعة الأطر التشـــريعية والقضائيـــة لنظرية العقود الإدارية فى مصر حتى تستطيع أن تلاحق هذه التطـــورات التى تحدث على أرض الواقع . وحتى تظل العقود الإدارية – سواء ما كان منها إطار للخصخصة كعقد الالتزام أو أسلوب للوفاء باحتياجـــات الإدارة – وسيلة فعالة وآمنة ضد الإضرار بالمال العام أو استغلاله .

وإذا كان منطق نظرية العقود الإدارية يقتضى ضـــرورة التســـليم بمركز متميز لجهة الإدارة المتعاقدة فى مواجهة المتعـــاقد معـــها تحقيقـــا للمصلحة العامة . فإنه يبقى ضـــرورة أن يُعـــترف للمتعـــاقد مـــع الإدارة بحقوق وميزات تقابل هذا المركز المتميز للجهة الإدارية المتعاقدة .

---

(١) فى ذلك راجع : سعاد الشرقاوى – نقلة حضاريـــة بأســـاليب متنوعـــة لتحريـــر الاقتصاد – مقال – جريدة الأهرام – بتاريخ ١٩٩٤/٧/١٩ – صفحة قضايا وآراء .

وإذا كان الإطار التشريعى للعقود الإدارية فى مصر بدأ يتطـور - كما حدث بصدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ فى جواز التحكيم فى العقـود الإدارية ، والقانون رقـم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨ بشـأن المناقصـات العامـة والتعديلات المتعددة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٨ بشـأن عقـد الالـتزام استجابة لهذه الدواعى - فإن الاجتهاد القضائى فى نظرية العقود الإداريـة مازال يتسم بالجمود .

وفى هذا الفصل نرصد مظاهر هذا الجمود وما ترتب عليـه مـن اختلال ظاهر فى مركز المتعاقدين فى العقد الإدارى وذلك فـى مبحثيـن متتاليين :

المبحث الأول : جمود الاتجاهات القضائية فى نظرية العقود الإدارية.

المبحث الثانى : مظاهر اختلال التوازن بين المتعـاقدين فـى العقـد الإدارى .

وذلك على الوجه التالى :

المبحث الأول

جمود الاتجاهات القضائية فى نظرية العقود الإدارية

من الملاحظ أن أحكام القضاء الإدارى المصرى فى منازعات العقود الإدارية تتميز بالثبات وعدم التطور . وعلى الرغم من تغير الظروف الاقتصادية ، فإن المبادئ التى قررها مجلس الدولة المصرى فى منازعات العقود الإدارية مازالت ثابتة عند بداياتها الأولى ، وهى فى غالبها تتربص بالمتعاقد مع الإدارة وتفترض فيه فى أغلب الأحوال سوء النية .

ومن الملاحظ أيضاً أن أحكام محكمة القضاء الإدارى التى صدرت فى منتصف القرن العشرين هى مصدر جل المبادئ التى تحكم العقود الإدارية .

وإذا كانت مساوئ هذا الجمود لم تتضح فى الوقت الذى زاد فيه تدخُل الدولة فى المجال الاقتصادى ، والذى قلت معه الأهمية العملية لنظرية العقود الإدارية وهو ما عبر عنه البعض بقوله « ... المركز الخاص الذى تشغله الأجهزة الإدارية التى تتولى مباشرة النشاط التجارى والصناعى والزراعى والمالى باسم النظام الاشتراكى ، يثير التساؤل عن مدى الحاجة لتطبيق نظرية العقود الإدارية بمبادئها وأحكامها على الروابط التى تنشأ فى الدولة ممثلة فى الوزارات والمصالح وبين المؤسسات العامة وما يتبعها من شركات أو بين المؤسسات العامة أو بين الشركات العامة التى تتبع المؤسسات العامة فى كل ما يتعلق بتنفيذ المشروعات العامة أو

توريد الحاجات العامة للوزارات والمؤسسات والهيئات العامة ، ووحـــدات الإدارة المحلية » .

ثم يخلص هذا الرأى إلى « أن تطبيق نظرية العقود الإدارية فـــى مجال التعاون بين أجهزة القطاع العام ، لم يعد له فى ظل النظام الاشتراكى نفس الأهمية التى كانت له من قبل .. بل إنه يمكن القول : إنه لم تعد ثمـــة حاجة لتطبيق نظرية العقد الإدارى فى هذا المجال »(١) .

فإن هذا الجمود قد أصبح يمثل خطراً كبيراً على نظريـــة العقــود الإدارية - بصفة خاصة - وعلى مبادئ القانون الإدارى بصفـــة عامــة . ومرد ذلك بطبيعة الحال إلى ما يتميز به القانون الإدارى من أنـــه قــانون قضائى . وهو ما يعنى أن أحكام القضاء الإدارى تمثل رافداً أساســياً مــن روافد تطوير وصياغة القانون الإدارى .

فالقاضى الإدارى « لا يقف دوره عند مجرد تطبيـــق النصــوص بطريقة آلية محضة . ولكنه يتمتع بقدر من الحرية فى تفســير النصــوص التشريعية ، وتحديد مدى انطباقها على الحالة المعروضة أمامه ، وتحليـــل عناصر هذه الحالة تحليلاً واقعيا وقانونيا . كما أن القواعد القانونية تكــون عادة على قدر من العمومية والتجريد يسمح للقـــاضى بممارســة مهمتــه بطريقة تقديرية إلى حد كبير »(٢) .

---

(١) محمد فؤاد مهنا : القانون الإدارى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعـاونى ١٩٦٣ - ١٩٦٤ - ص ١٢٣ وما بعدها .

(٢) ثروت بدوى : القانون الإدارى - ١٩٧٤ - دار النهضة العربيـــة - ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

وعلى الرغم من أن القضاء لا يعد مصدراً رسمياً للقانون فى مصر حيث لا يأخذ النظام القانونى المصرى بفكرة نظام السوابق القضائية . فإن القضاء يكون هو المصدر الوحيد للقاعدة القانونية فى حالة عدم وجود نص تشريعى يحكم المنازعة المعروضة على القاضى الإدارى فهو فى هذه الحالة ملزم بأن يبتدع قاعدة قانونية تفصل فى النزاع .

وإذا كان العقد الإدارى يعد أسلوباً مهماً من أساليب ممارسة الإدارة لنشاطها . فإن هذه الأهمية – ولا شك – سوف تزداد كثيراً مع اتجاه الدولة نحو سياسة الخصخصة وانحسار الأفكار الاشتراكية والاتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام فى مجالات ضيقة ومحدودة .

فالانتقال من « .. اقتصاد التخطيط إلى اقتصاد السوق سيؤدى إلى زيادة وأهمية العقود التى تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية أم مدنية أم تجارية ، لأن اقتصاد السوق قائم على التخلى عن الأوامر وأساليب القهر ... »[١] .

هذا التحول إلى الاقتصاد الحر أدى إلى زيادة اللجوء إلى نظرية العقود الإدارية ، مما نتج عنه استحداث صور جديدة لهذه العقود ومنها عقود البوت . فضلاً عن استحداث آليات جديدة لفض المنازعات التى تثور حول هذه العقود مثل التحكيم أو التوفيق أو الوساطة وهو ما أدى إلى إنحسار اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات كانت تدخل فى اختصاصه ، ومنها – إن لم يكن أهمها – منازعات العقود الإدارية .

---

(١) سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية – ص ٢٩٤ .

وقد كان لهذا الجمود الذى أصاب الاجتهاد القضائى بخصوص العقود الإدارية فى مصر أثره فى نشوء هذه الآليات القانونية أو بالأحرى زيادة الطلب عليها . ولا شك فى أن هذه الآليات القانونية - لا سيما التحكيم وعقود البوت - لها أهميتها وضرورتها ، ولكن يبقى مدى الاستفادة منها بصورة جيدة متوقفة على مدى استخدامها فى موضعها الصحيح . ومن الملاحظ إندفاع النظام القانونى المصرى نحو هذه الوسائل بصورة تنذر بخطر شديد ، ولعل أهم مظاهر هذا الاندفاع إبرام مثل هذه العقود مع الإحجام - الذى يوشك أن يكون عمديا - عن إصدار تشريع ينظم هذه العقود ويحد من مخاطرها ويعظم من فوائدها[١] .

وإذا كانت نظرية العقود الإدارية وتطورها فى النظام القانونى الفرنسى إنما نشأت فى كنف الإزدواج القضائى ، وإنشاء قضاء إدارى يختص بنظر المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية . فإن هذا القضاء هو الذى دأب على العمل على تطبيق قواعد خاصة مختلفة عن تلك التى تطبق أمام المحاكم العادية ، وهو ما ساهم بقدر كبير فى إنشاء القانون الإدارى الذى يعد بطبيعته قانون قضائى . وهو الأمر الذى ينصرف بدوره على نظرية العقود الإدارية .

---

(١) الأمر الذى دعا رئيس الجمهورية إلى التحذير من التوسع فى مشروعات B.O.T وضرورة وضع ضوابط لهذه العقود . تصريحات الرئيس لرؤساء تحرير الصحف المصرية أثناء عودته من الكويت والإمارات . انظر الأهرام - الصفحة الأولى العدد رقم - ٤١٩٧٩ السنة ١٢٦ - الصفحة الأولى بتاريخ ٢٠٠١/١١/١٢ . وأعاد التحذير مرة أخرى - بمناسبة افتتاح كوبرى الفردان - الأهرام بتاريخ ٢٠٠١/١١/١٥ - ص ٣ .

وعلى ذلك فإن القضاء المصرى قبل إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ لم يكن يعرف القواعد الإدارية التى تطبق على العقود الإدارية فى القضاء الإدارى الفرنسى . وكان يطبق على عقود الإدارة القواعد الخاصة التى تنظمها على فرض وجودها . فإن لم يكن ثمة قواعد من هذا النوع فإنه يطبق عليها قواعد القانون المدنى . فعلى خلاف القاضى الإدارى فإن القاضى المدنى يقنع دائما بدوره فى تطبيق القانون دون المساهمة فى خلقه وابتداعه عند غياب النص التشريعى .

ومن أهم الأمثلة التى يضربها الفقه تأييداً لذلك هو رفض القضاء العادى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، والتى أقرها مجلس الدولة الفرنسى من قبل . ففى حكمها بتاريخ ٣١ مارس ١٩٢٤ أنكرت محكمة الاستئناف المختلطة على شركة مياه الإسكندرية حقها فى طلب زيادة المقابل الذى تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً ، وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودى مع الإدارة وأن ليس للقضاء أن يعتدى على حق الإدارة فى هذا الخصوص ، لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقيات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل فى شروطها[١] .

وهو ما أكدته محكمة الاسكندرية المختلطة بقضاء لاحق فى ٦ مايو ١٩٢٦ مقررة أن « القانون المصرى يجهل نظرية الظروف الطارئة ، وأن مهمة المحاكم تنحصر فى تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التى

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة - السنة ٣٦ - ص ٢٨١ .

تعقد بحرية وأن هذه المبادئ تسرى على الامتيازات التى تبرمها الإدارة .. »[1] .

ومضت المحاكم الأهلية على هذا الدرب والتزمت ما سبق وقررته المحاكم المختلطة وعندما أرادت محكمة الاستئناف تلمس العدالة وتطبيق نظرية الظروف الطارئة اهتداء بما قرره القضاء الإدارى فى فرنسا وقفت لها محكمة النقض بالمرصاد وألغت قضاءها فى ذلك .

فقد تعلق الأمر بمتعاقد مع الإدارة على توريد كمية كبيرة من الشعير فى وقت كانت الحكومة تفرض تسعيرة محددة للشعير فما إن شرع المتعهد بتوريد ما اتفق عليه حتى الغت الحكومة التسعيرة فارتفع سعر الشعير بصورة كبيرة فتوقف عن تنفيذ التزاماته فاشترت الإدارة على حسابه ورفعت الدعوى أمام محكمة أول درجة لتطالبه بفرق الثمن فدفع ذلك بالظروف الطارئة . فرفضت المحكمة دفعه ، ولما رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف مقررة « انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها العاقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين » .

وعندما اتصلت محكمة النقض بالدعوى أصدرت حكمها فى ٤ ايناير سنة ١٩٣٢ فألغت حكم الاستئناف ؛ لأنه أخطأ فى تأويل القانون بتقرير المساواة بين الطارئ الذى يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للملتزم وبين الحادث الجبرى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة » . وقررت أنه وإن كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس العدل والعفو والإحسان إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى

(١) الجازيت – السنة ١٦ – ص ٢٥٥ .

ابتداعها فيكون عليها هى وضعها وتبيـان الظـروف الواجـب تطبيقـها فيها .. »[١] .

وعلى الرغم من مجافاة هذا القضـاء لمنطـق العـدل وضـرورة النظر إلى منازعات العقود الإدارية نظرة مختلفة تستدعى تطبيـق قواعـد خاصة ومغايرة لتلك التى ينظمها القانون المدنى على هذه المنازعات . فإن هذا الاتجاه القضائى قد ظل ثابتا ولم يغير فيه اتجاه بعض الأحكام للإعـلان عن عدم رضاها عن ذلك ، ومنها حكم محكمة الاستئناف المختلطـة فـى ١٠ يناير ١٩٣٣ والتى قررت فيه « .. أنه فى حالة عدم وجود تشـريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية فإنه على المحاكم عند التصـدى للمنازعـات المتولدة عن تلك العقود أن تراعى المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتـى يمكن استمدادها من المبادئ العامة التى يقوم عليها القـانون الإدارى ذلـك القانون الذى يوجد حتما فى كل دولة متحضرة»[٢] .

ويتضح مما سبق أن الدواعى التى أدت إلـى قيـام قضـاء إدارى متخصص بالنظر فى المنازعات الإدارية - ومنها العقود الإدارية - أمـر تستدعيه قواعد العدالة . ولم يكن أبدا بقصد محاباة جهة الإدارة على حساب المتعاقد معها . فتوازن التزامات المتعاقد مع الإدارة هو الضمان الأساسـى لنجاح العقد الإدارى . وهو الأمر الذى سعت إليه نظرية التوازن المالى فى العقد الإدارى . والتى شادها القضاء الإدارى فى فرنسا وأخذ بها بعد ذلـك القضاء الإدارى المصرى . وإذا كان القضاء الإدارى فى فرنسا لـم يفقـد قدرته على التطور مواكبة للتطورات الاقتصادية والسياسية فى المجتمـع .

---

(١) المجموعة - حكم رقم ١١٠ - ص ٢١٠ .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة - السنة ٤٥ - ص ١١٤ .

فإن القضاء الإدارى المصرى لا سيما فيما يتعلق بـــالعقود الإداريـــة لـــم يبارح قضاءه الذى صدر منذ بواكير أحكامه فى الخمسينات مـــن القـــرن الماضى .

وهو الأمر الذى يخالف اتجاهات قضاء المجلس فى موضوعـــات أخرى كالحريات أو القرارات الخاصة بالموظفين ، التى تميز قضاؤه فيـــها بالتطور وملاحقة التغييرات السياسية والاقتصادية فى المجتمع .

المبحث الثانى

مظاهر إختلال التوازن بين المتعاقدين فى العقد الإدارى

قلنا فيما سبق ؛ إن الاتجاه إلى الخصخصة والنظام الاقتصادى الحر يؤدى إلى ازدياد أهمية العقود الإدارية . إذ أن الدولة وأجهزتها المختلفة سوف تسعى إلى الحصول على احتياجاتها عبر الاتفاق مع الغير عن طريق العقد الإدارى .

وإذا كان العقد الإدارى يستلزم - نظرا لاتصاله بنشاط مرفق عام يؤدى خدمة عامة - أن يكون للإدارة مركز متميز فى العقد الإدارى يختلف مداه من عقد إلى آخر . فإن هذا الأمر لا يستلزم ضرورة الإبقاء على توازن التزامات المتعاقدين فى العقد الإدارى .

على أن الملاحظ أن النظرية التقليدية فى العقود الإدارية تزخر بمواطن كثيرة تؤدى إلى وجود اختلال فى التوازن بين المتعاقدين فى العقد الإدارى . وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول فى الأول منهما مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى .

أما الثانى فنتناول فيه : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة تنفيذ العقد الإدارى .

وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى

تتعدد مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى مرحلة إبرام العقد الإدارى ، ذلك أن فلسفة وسائل إبرام العقد الإدارى تنهض على التشدد فى اختيار المتعاقد مع الإدارة حتى لا تتعاقد جهة الإدارة مع أشخاص غير مؤهلين لذلك ، مع ما يترتب على ذلك من أضرار تلحق بالمصلحة العامة.

على أن بعض هذه الإجراءات فى كثير من الأحيان تفتقر إلى العدالة ، وسوف نرصد أهم هذه الاختلالات كما يلى :-

الفرع الأول : سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسئولية عليها .

الفرع الثانى : عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة .

الفرع الثالث : سلطة الإدارة فى عدم اعتماد الترسية .

الفرع الأول

سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسئولية عليها

للإدارة إلغاء المناقصة قبل البت فيها فى حالتين :

الأولى : إذا رأت الإدارة الاستغناء عن المناقصة ، فمن المعلوم أن جهة الإدارة تلجأ إلى المناقصة لكى توفر حاجة المرفق سواء تمثلت فى توريدات أو إنشاءات أو غير ذلك . فإذا أعلنت الإدارة عن حاجتها للمناقصة وبعد ذلك رأت الاستغناء عنها ، فإن القانون يعطى لها الحق فى إلغاء هذه المناقصة .

الثانية : إذا اقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة ، وهو أمر تقدره الإدارة ، فقد تؤدى المناقصة إلى تآكل الاعتمادات المالية المخصصة للإدارة ، ومن ثم ترى الإدارة إلغاء المناقصة ، أو تقدر أن اللجوء إلى أسلوب آخر للتعاقد قد يمكنها من تحقيق هدفها وتحقيق المصلحة العامة أكثر من المناقصة .

ويشترط لإلغاء المناقصة فى هاتين الحالتين ما يلى :

١- أن يكون الإلغاء قبل البت فى المناقصة ، ونرى أن ذلك يكون قبل فتح المظاريف ، لأن عمل لجنة فتح المظاريف هو فى حقيقته استهلال لعمل لجنة البت ، فإذا قامت لجنة فتح المظاريف بعملها فلا يصح إلغاء المناقصة استناداً إلى هاتين الحالتين .

٢- يجب أن يكون قرار إلغاء المناقصة صادرا من السلطة المختصة ويجب تسبيبه ، فإذا صدر القرار بغير تسبيب أو صدر لسبب لم يحدده القانون جاز الطعن عليه بالإلغاء أمام مجلس الدولة على الوجه المبين فى القانون .

وسلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة على هذا الوجه ، تعتبر عملاً مشروعاً لا تؤاخذ عليه الإدارة إذا ما كان هذا الإلغاء مطابقاً للشروط التى حددها القانون على الوجه السابق .

ووجه عدم التوازن بين سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة أو غيرها من وسائل التعاقد الأخرى وبين حق مقدم العطاء ظاهر من ناحيتين:

الأولى : أن كثيراً من المناقصات التى تعلن عنها الإدارة تتطلب فى كثير من الأحيان دراسات كثيرة ومتعددة الجوانب قد تكون هندسية أو إنشائية أو اقتصادية . وهو أمر يكلف مقدم العطاء مبالغ طائلة . وهو يفعل ذلك ابتغاء التعاقد مع جهة الإدارة . وعلى ذلك فإن إلغاء جهة الإدارة للمناقصة بعد تقديم العطاءات وقبل البت فيها قد يصيب مقدم العطاء بأضرار بالغة . ولذلك يجب حتى يتوازن مركز الإدارة مع مركز مقدم العطاء أن يكون للأخير حق الحصول على تعويض إن أصابه ضرر من جراء إلغاء جهة الإدارة للمناقصة قبل البت فيها .

الثانية : أن مقدم العطاء يلتزم – بعد تصدير عطائه إلى جهة الإدارة – بعطائه المدة المحددة فى الإعلان عن المناقصة ؛ أى حتى ميعاد فتح المظاريف ، ولذلك لا يستطيع أن يرجع فى هذا العطاء أو يسحبه أو حتى يغيره ، وهو ما تنص عليه المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات فى مصر « يبقى العطاء نافذ

المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقــدم العطــاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية حتــى نهايــة مــدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط » .

وقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى حكم لها بأن « القاعدة هــى أن مقدم العطاء يلزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة فــى شروط العطاء وهذه القاعدة تطبيق للقاعدة العامــة فــى مجــال القــانون الخاص (المادة ٩٣ من القانون المدنى) والتى لم يــر المشــرع موجبــا للخروج عليها فى مجال عقود الإدارة »(١) .

ويترتب على عدم التزام مقدم العطاء بعطائه المدة التــى حددتــها الإدارة فى الإعلان أثر هام وهو مصــادرة التــأمين الابتدائــى المرفــق بالعطاء(٢) .

وفى ذلك تتبدى المفارقة بين مركز الإدارة وبين مقــدم العطــاء ؛ الإدارة تستطيع إلغاء المناقصة دون مؤاخذة أو تقرير حق مقدم العطاء فــى التعويض ، أما إذا أراد مقدم العطاء أن يسحب عطاءه أو يغــيره فإنــه لا يجوز ذلك ، وإذا حدث فإنه يخسر التأمين الابتدائى الذى قدمه مع عطائه .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : الدعوى رقم ٩٦٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٧ .

(٢) جابر جاد نصار : المناقصات العامة – دراسة مقارنة فــى القــانونين المصــرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحــدة – الطبعــة الثانيــة – ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص ١٢٦ .

الفرع الثانى

عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة

لا شك أنه فى نظام الممارسة تكون الإدارة أكثر حرية فى اختيار المتعاقد معها ، وإذا كان القانون الجديد قد سوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة من حيث سلطة الإدارة فى اللجوء إلى أيهما كما أخضع الممارسة العامة لذات القواعد التى تخضع لها المناقصة العامة . فإنه فى إطار نظام الممارسة العامة تتوافر للإدارة مرونة أكثر فى مفاوضة وممارسة مقدمى العطاءات للتعاقد مع أحدهم إن كانت لجنة الممارسة مخولة بالتعاقد معهم ، أو رفع تقرير إلى السلطة الأعلى للنظر فى نتيجة الممارسة .

واستقر مجلس الدولة المصرى بشقيه القضائى والإفتائى على عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة . ورجح المشرع المصوى ذلك ؛ إذ نص فى المادة الأولى من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على « ... ولا يجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة » .

جواز تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة ؛ ففى ذلك تحقيق لمصلحة الإدارة وكذلك مصلحة من قدم العطاء ؛ للاعتبارات السابق بيانها ، والتى تكمن فى التكلفة المالية الكبيرة التى يتكلفها مقدم العطاء حين إعداد عطائه .

كما أن الممارسة العامة تخضع لذات القواعد التـــى تخضـــع لـــها المناقصة العامة . وإذا كان هذا الحظر له ما يبرره فى ظل القانون الملغـى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والذى كان يجعل مـــن المناقصـــة العامـــة الأســـلوب الأساسى للتعاقد وأن اللجوء إلى غيرها هو الاستثناء الذى يجب أن يكـــون مسببا – فإن القانون الجديد للمناقصات العامة رقم ٨٩ لســـنة ١٩٩٨ قـــد سوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة وجعل للإدارة حرية اللجـــوء إلى أيهما وفقا لما تراه .

الفرع الثالث

سلطة الإدارة فى عدم اعتماد الترسية

من المسلم أن إجراءات المناقصة أو الممارسة أو غيرها من وسائل إبرام التعاقد الإدارى ماهى إلا تمهيد للعقد الذى يبرم فى نهاية الأمر بيـــن الإدارة ، والمتقدم بأفضل العطاءات . وهو ما تقـــرره محكمـــة القضـــاء الإدارى إذ ذهبت إلى أنه « لا نزاع فى أنه للجهات الإدارية سلطة تقديريـــة فى إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسائها على المتعهدين ، وذلـــك أن طرح المناقصة فى السوق وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرسائها علـــى صاحب أفضل عطاء ، كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذى تبرمه الحكومـــة مع المتعهد ، ومن ثم فهى تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضى بإلغاء

المناقصة والعدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أى حق فى إلزامها بإبرام العقد .. »[1] .

وهو أيضا ما قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها بتاريخ ١٣فبراير ١٩٦٠ جاء فيه « ... وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة فى التعاقد ، بل ليس إلا إجراء تمهيديا فى عملية العقد الإدارى المركبة ، ثم بعد ذلك يأتى دور الجهة المختصة بإبرام العقد فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذى عينته لجنة البت واختصاصها فى هذه الحالة اختصاص مقيد ؛ حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص ، ولا تستبدل غيره إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية فى حق هذه الجهة فى عدم إتمام العقد وفى العدول عنه إذا ثبتت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة .. »[2] .

ويذهب الفقه إلى أن الإدارة تمارس هذا الحق دون أن تلتزم بتسبيب قرارها[3] . وهو الأمر المسلم أيضا فى القانون الفرنسى ، حيث

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : القضية رقم ٢٥١ لسنة ١٣ ، فى مجموعة المبادئ ، س ١٤ ص ١٨٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣١٣ س ٤ ق جلسة ١٣ فبراير سنة ١٩٦٠.

(٣) أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ – ص ١٨٠ .

عبدالفتاح أبو الليل : أساليب التعاقد الإدارى – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية – ص ٣١١ .

سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية – ص ٣١٤ .

تنص المادة ٢٨٧ فقرة ثانية من تقنين العقود الفرنسى على حق سلطة الاعتماد المختصة فى رفض اعتماد نتيجة المناقصة[١] .

ولا شك أن هذه السلطة المقررة للإدارة فى عدم اعتماد ترسية المناقصة أو الممارسة على العطاء الأفضل بعد هذه الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة تمثل إهداراً لمصلحة مقدم العطاء الأفضل ويخل بالتوازن بينه وبين الإدارة .

وفى الواقع نحن لا نسلم بهذا المنطق ؛ ونرى ضرورة التسليم بانعقاد العقد بمجرد صدور قرار الترسية فهو يجب أن يمثل قبول الجهة الإدارية للإيجاب الذى يتمثل فى تقديم العطاء ، وفى هذه الحالة إن كان القانون قد تطلب ضرورة اعتماد سلطة إدارية ، فان ذلك – لا يمنع فى نظرنا – من انعقاد العقد ، وإنما يعتبر نفاذه موقوفا لحين تحقق الشرط الواقف وهو ضرورة الحصول على موافقة الجهة الأعلى ، هذا الرأى يحقق هدفين ، يتمثل أولهما فى إثارة مسئولية الإدارة العقدية إن هى نكصت على أعقابها ولم تقبل سريان العقد فى غير الحالات التى حددها القانون ، أما الهدف الثانى فيتمثل فى تقييد سلطة الاعتماد المختصة فى رفض اعتماد نتيجة المناقصة لغير سبب يعتبره القانون .

---

(١) De laubader (A) : Traité des contrats administratifs, F. Moderne et p. Delvolvé, 2^{e} éd T.I , 1983. p. 629 . Quancard (M): l'adjudication des marches publics de travaux de Fournitures : 1942 , p.p. 175 et s .

ومذهب انعقاد العقد بمجرد الترسية هـو مـا يـأخذ بـه قـانون اليونسترال حيث نصت المادة ٣٥-١ من قانون اليونسترال[١] علـى أنـه « يقبل العطاء الذى يكون قد تم التحقق من أنه العطاء الفائز وفقـا للمـادة ٤٢-٤-ب ويعطي إخطار قبول العطاء فورا إلى المورد أو المقاول الـذى قدم العطاء » .

وتنص الفقرة ٢-١ من هذه المادة على أنـه « يجـوز أن تلـزم وثائق التماس العطاءات المورد أو المقاول الذى قبل عطاؤه بالتوقيع علـى عقد اشتراء كتابى مطابق للعطاء ، وفى مثل هذه الحـالات توقـع الجهـة المشترية مع المورد أو المقاول على عقد الاشتراء فى غضون فترة زمنيـة معقولة بعد إرسال الإخطار المشار إليه فى الفقرة (١) من هذه المادة إلـى المورد أو المقاول .

وتنص الفقرة - ب من هذه المادة على أنه « فى حالـة اقتضـاء التوقيع على عقد اشتراء كتابى وفقا للفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة يصبح عقد الاشتراء نافذا متى وقع المورد أو المقاول والجهة المشترية على العقد ، وفى الفترة الواقعة بين إرسال الإخطار المشار إليه فى الفقرة (١) من هذه المادة إلى المورد أو المقاول ونفاذ عقد الاشتراء لا يجوز للجهة المشـترية

---

(١) مشروع قانون الأمم المتحدة يهدف إلى توحيد قواعد المناقصـات العامـة علـى المستوى الدولى . فى ذلك مؤلفنا : المناقصات العامة دراسة مقارنة فى القـانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة «اليونسـترال» - الطبعـة الثانية - ٢٠٠٢ - دار النهضة العربية - ص ٦ .

ولا للمورد أو المقاول أن يتخذ أى إجراء يتعارض مع نفاذ عقد الاشتراء أو مع أدائه » .

وتنص الفقرة ٣ من المادة ٣٥ على أنه « إذا كانت وثائق التماس العطاءات تنص على أن عقد الاشتراء يتطلب موافقة سلطة عليا ، ولا يصبح عقد الاشتراء نافذا قبل صدور هذه الموافقة ، وتحدد وثائق التماس العطاءات الفترة الزمنية المقدرة التى يجب أن تفصل بين إرسال إخطار قبول العطاء وبين الحصول على الموافقة » والمستفاد من هذه النصوص ، أن قانون اليونسترال يميز بين نفاذ العقد وبين انعقاده .

فالعقد ينعقد بين الإدارة وبين مقدم العطاء الفائز بمجرد فوز عطائه وإخطاره بذلك ، على أنه يمكن أن يعلق نفاذ هذا العقد بين جهة الإدارة والمقاول أو المورد صاحب العطاء الفائز على شرط كتابة عقد بينهما ، ويجب أن يكون هذا العقد مطابقا للعطاء ، وأن تشترط الإدارة ذلك فى وثائق الإعلان عن المناقصة .

كما يمكن لها أن تنص فى وثائق الإعلان عن المناقصة على ضرورة موافقة سلطة عليا ، وهنا لا يصبح عقد الاشتراء نافذا إلا بعد تمام هذه الموافقة ، على أن هذا لا ينفى انعقاد العقد بمجرد تحديد العطاء الفائز ، ويبقى التصديق على العقد مرحلة أخرى تماما ، إذا تمت فإن العقد ينفذ من تمامها ، وإذا رأت السلطة العليا عدم التصديق على العقد أصلا أو فى الموعد المحدد فإن ذلك يؤدى إلى فسخ العقد وإثارة مسئولية الإدارة العقدية .

المطلب الثانى

مظاهر الاختلال فى مرحلة تنفيذ العقد

لعل من أهم ما يميز العقد الإدارى عن العقد المدنى هـــو مركـــز الإدارة فيه ؛ فالإدارة فى العقد الإدارى تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلا فـــى عقود القانون الخاص . ويبرر ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد .

على أنه إذا اقتصر العقد الإدارى على ذلـــك لـــم يكـــن ليســـتقيم الأمر ، ففى مواجهة سلطات الإدارة توجد حقوق للمتعاقد معـــها . ففضـــلا عن استحقاقه الثمن والذى يعنى المقابل المالى المتفق عليه فى العقد ، فإنـــه يحق له أن يطالب الإدارة بالتعويضات إن كان لها محل . وحق المتعاقد مع الإدارة فى هذه التعويضات قد يرتبط بضرورة المحافظة علـــى التـــوازن المالى فى العقد الإدارى ، وقد يترتب على ارتكاب الإدارة لأخطاء معينـــة أصابته بضرر .

وعلى الرغم من أن نظرية التوازن المالى فى العقد الإدارى أنشأها القضاء الإدارى فى فرنسا وأخذ بها القضـــاء الإدارى المصـــرى لإقامـــة العدالة والتوازن بين طرفى العقد . إلا أن ثمت مظـــاهر تنـــال مـــن هـــذا التوازن وتنتقص من فكرة العدالة فيه . وســـوف نشـــير إلـــى أهـــم هـــذه المظاهر كما يلى :

الفرع الأول

تعويض المتعاقد مع الإدارة جزئيا فى الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة تواجه ظروفا وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد ، وتؤدى إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة ؛ أو بمعنى آخر فإنها تؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد ، وتؤدى إلى خسارة غير محتملة . ففى مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئيا عن هذه الخسارة .

ونظرية الظروف الطارئة يشترط لتوافرها ضرورة أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه . وعلى ذلك فإن الظرف الطارئ الذى تتطلبه نظرية الظروف الطارئة يعنى الظرف الذى لم يكن فى حسابات المتعاقد حين أبرم عقده مع الإدارة كالحرب والكوارث الطبيعية أو قرار الحكومة بمنع استيراد سلعة يلتزم بتوريدها أو تخفيض قيمة العملة . فكل هذه ظروف طارئة لم تكن فى حسابات المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد .

ويترتب على نظرية الظروف الطارئة كما تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى « ... أن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها فى هذه الخسائر ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذا سليما ... » .

ومؤدى ذلك أن الإدارة لا تعوض المتعاقد معها عن الظروف الطارئة تعويضا كاملا بدعوى أن الإدارة لا يد لها فى حدوث الظرف

الطارئ . والحقيقة أن ذلك ليس سبباً جوهرياً يؤدى إلى حرمان المتعاقد مع الإدارة من التعويض الكامل الذى يؤدى إلى تمكينه من تنفيذ العقد تنفيذاً سليماً . وهو ما نطالب به حتى تتوازن حقوق المتعاقد والتزاماته . وهو الأمر الذى يتفق والأطر الجديدة للتعاقد التى نشأت مع اتجاه النظام الاقتصادى فى الدولة حديثا إلى الخصخصة مثل عقود البوت . ونماذج العقود الدولية مثل عقود الفيديك على الوجه الذى سوف يرد فى هذا البحث - بعد ذلك - تفصيلا .

الفرع الثانى

ضرورة أن ترتبط ممارسة الإدارة لسلطاتها فى العقد الإدارى بطبيعة العقد وحصول المتعاقد معها على تعويض

إذا كانت سلطات الإدارة فى العقد الإدارى لازمة لضمان حسن تنفيذ العقد وتنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته الناتجة عن العقد ، فإن الواقع يقتضى الاعتراف بأن التطور الحديث الذى أفرزته التطورات السياسية والاقتصادية قد أفرز صوراً جديدة للعقود الإدارية مثل عقود الإنشاءات الدولية التى أصبحت تعقد وفقاً لصيغ سابقة التجهيز مثل عقود **الفيديك أو عقود الـ B.O.T بصوره الكثيرة . وهذا الجيل من العقود الإدارية – لا سيما عقود البوت – والتى تعنى أن الملتزم (شركة المشروع)**

هو الذى ينشىء المرفق ويشغله ويعيد ملكيته إلى الجهة الإدارية بعد انتـهاء مدة الالتزام . ففى مثل هذه العقود يجب أن تأخذ الشروط الاتفاقية مســاحة أكبر الأمر الذى يجب معه تقييد سلطة الإدارة فى ممارسة سلطاتها فى هـذه العقود بصورة تكفل للإدارة أن يكون لها مركزاً متميزاً فى العقـد الإدارى مع المحافظة على حقوق المتعاقد معها .

ومن ناحية أخرى ، فإنه يجب أن يرتبط تدخل الإدارة فـى العقـد الإدارى بحق المتعاقد معها فى الحصـول علـى تعويـض كـامل عـن الأضرار التى تلحق به من جراء هذا التدخل أيا كانت هذه الأضرار .

نخلص من جماع ما سبق إلـى : أن القضـاء الإدارى باعتبـاره المصدر الرئيسى لنظريات وقواعد القانون الإدارى بصفة عامة ونظريـة العقود الإدارية بصفة خاصة بحاجة إلى تطور كبير حتى يتلاءم مع تزايـد الأهمية العملية للعقود الإدارية فى ظل التحول الاقتصادى الذى تسير الدولة تجاهه بخطاً سريعة ومتلاحقة وذلك حفظا لحق الشعب فى ثرواته وموارده الأساسية .

الفصل الأول

ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

تمثل عقود البوت B.O.T ، بتفريعاتها الكثـــيرة أطـوراً جديـدة ومستحدثة من العقود الإدارية . وقد تكون بعض هذه الصور عرفت قديمـا – كما سوف يتضح لنا فيما بعد – إلا أنه من الملاحظ أن هذه العقـود قـد تعددت صورها فضلاً عن كثافة اللجوء إليها وهو أمر فرضـه الواقـع . ولذلك يبقى مهماً تحديد ماهية هذه العقود سواء بتعريفـها أم بتحديـد أهـم صورها ، وكذلك تحديد طبيعتها القانونية ، وما يترتب عليها مـن منـافع للدولة المضيفة وما يرتبط بها من مخاوف . ثم بعد ذلـك ينبغـي تحديـد الإطار القانونى لعقود البوت سواء أكان إطاراً دستورياً أم تشريعياً .

ولذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

نتناول فى الأول منهما : مفهوم عقود البوت B.O.T .

وفى الثانى : الإطار القانونى لعقود البوت B.O.T .

وذلك على الوجه التالى :

المبحث الأول

مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

فى هذا المبحث نتناول المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B .O.T .

المطلب الثانى : أشكال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B .O.T .

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكيـــة B.O.T .

المطلب الرابع : عقود البناء والتشغيل ونقـــل الملكيـــة B.O.T بيـــن المنافع والمخاوف .

وذلك كما يلى :

المطلب الأول

تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الـ B.O.T

يقصد بمشروعات البوت تلك المشروعات التى تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص (وتسمى شركة المشروع) ؛ وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية .

واصطلاح البوت B.O.T هو اختصار لكلمات إنجليزية ثلاث : البناء Build والتشغيل operate ونقل الملكية Transfer .

وعرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجى (الانسترال) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخالصة ، ويدعى شركة المشروع امتيازا لتنفيذ مشروع معين ، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع

واستغلاله تجاريا ، وفى نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة[١] .

وتتبدى المميزات الأساسية لنظام عقود البناء والتشغيل ثم إعادة الملكية B.O.T فى أنه يقدم حلا لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسية دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها . أو تحميل الموازنة العامة مزيدا من الأعباء .

وفضلا عن ذلك ، فإن هذا النظام يمكن الحكومة أو الجهة الإدارية من تقديم خدمة أساسية للمواطن بإنشاء المرافق العامة .

وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وجدت مجالات عديدة أهمها[٢]:

١-مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتى كانت تضطلع الدولة بالقيام بها أساسا ، من أمثلة ذلك المطارات ومشروعات الطرق والكبارى ومحطات الكهرباء .

---

(١) جمال الدين نصار : تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت – ٢٠٠٠ – ص ١٠ ؛ محمد أبو العينين : انتشار الاتجاه إلى اقامة مشروعات البنية الأساسية فى الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها فى مصر – مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى – القاهرة ١٤-١٦ نوفمبر ١٩٩٩ ص ٣ ؛ محمد متولى : التنظيم التشريعى لعقود البناء والتشغيل والتمويل B.O.T بحث منشور فى كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتمويل B.O.T . تحرير محمد متولى – الجزء الأول – ٢٠٠١ ص ٥ .

(٢) محمد محمد بدران : نحو أفاق جديدة للخصخصة – مذكرات لطلبة دبلوم العلوم الإدارية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٩– ص ٣ .

٢-المجمعات الصناعية : حيث يعهد إلى القطاع الخاص بإنشاء هذه المجمعات وإدارتها ثم إعادتها بعد انتهاء مدة العقد إلى الدولة . على أنه من الملاحظ أن القطاع الخاص لا يقبل على مثل هذه المشروعات . بنظام البوت B.O.T .

٣-استغلال واستصلاح الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة كإقامة مشروعات التنمية العمرانية أو استصلاح الأراضى الزراعية أو إقامة مشروعات رى أو غير ذلك .

على أنه يلاحظ أن المجال الرئيسى الذى طبقت فيه عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية هو إنشاء المرافق العامة مثل إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات المياه .

وإذا كان نظام البوت B.O.T ومشتقاته قد ارتبط ظهوره بهذه الكثافة مع اتجاه اقتصاديات دول العالم المختلفة - ومنها مصر - إلى الاقتصاد الحر ، والاتجاه نحو خصخصة القطاع العام . فإنه ليس نظاما جديدا تماما ، وإنما هو نظام قديم ترجع نشأته إلى منتصف القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين[1] فقد نشأت فى فرنسا على شكل عقود امتياز المياه (بيريه اخوان) . وفى مصر كان مشروع قناة السويس وبلغت مدته تسعا وتسعين سنة وهو يعد أول مشروع بوت فى مصر ، وتبعه مشروعات أخرى كثيرة مثل شركة ليبون للغاز ، وشركة سكك حديد الدلتا الضيقة وشركة مصر الجديدة وواحات عين شمس ، وشركة المقطم والمنتزه وشركة ماركونى للراديو والتلفونات وشركة الترام والاتوبيس ،

---

(١) خالد بن محمد عبدالله العطية : النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ص ٤ .

وشركة كافورى للنقل فى الدلتا وشركة ترام الاسكندرية وشركة أبو رجيلة للنقل العام بالقاهرة[١] .

وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعتبر فى حقيقته مجموعة من العقود المركبة أى أن العقد يتضمن فى داخله حزمة من التعاقدات المختلفة والمتعددة الأطراف . وحتى يمكننا فهم طبيعته القانونية فإننا سوف نلقى الضوء على طرفىْ هذا العقد . وهما الجهة الإدارية وشركة المشروع .

الجهة الإدارية :

فالطرف الأول فى عقد البناء والتشغيل وإعادة الملكية هو الجهة الإدارية وهى الحكومة أو إحدى الوحدات التابعة لها . ورغم وضوح معنى الجهة الإدارية التى تكون طرفا فى العقد فإن الأمر يستدعى توضيح بعض الأمور كما يلى[٢] :

١- إن مفهوم الإدارة التى يستلزم أن ، تكون طرفا فى العقد الإدارى يشمل الأشخاص المعنوية العامة ، وهى إما أشخاص إقليمية أى تحدد على أساس إقليمى ، كالدولة والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء وإما أشخاص مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل الهيئات العامة وإما أشخاص عامة مهنية كالنقابات والتى اعترف لها القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر بالشخصية المعنوية .

---

(١) محمود محمد فهمى : عقود الـ B.O.T وتكييفها القانونى – مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية – B.O.T – القاهرة – ٢٧ ، ٢٨ يناير – ٢٠٠١ – ص ٣ .

(٢) جابر جاد نصار : الوجيز فى العقود الإدارية – ٢٠٠٠ – دار النهضة العربية – ص ١٨ .

٢- تكون الجهة الإدارية - بالوصف السابق - طرفاً فى العقد إذا أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحد أطرافه يتعاقد لحساب شخص معنوى عام . ففى مثل هذه الحالة يكون الشخص الخاص وكيلا عن الإدارة يتصرف لحسابها ويعمل نيابة عنها فى إبرام العقد ، وقد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه . وعلى الرغم من استقرار القضاء الإدارى فى مصر وفرنسا على ذلك ، تطبيقاً للقواعد العامة فى الوكالة فإن تصور حدوث هذا الفرض يكون صعبا ؛ وذلك راجع إلى تعقد الاتفاقات المتعلقة بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية .

على أن التساؤل الذى يطرح نفسه فى هذا المقام هو هل يجوز الالتجاء إلى نظام البوت B.O.T لتنفيذ مشروعات لصالح القطاع الخاص ؟ بمعنى أن الجهة الإدارية لا تكون طرفاً فى العقد .

يذهب البعض[1] - بحق - إلى أنه ليس هناك فى المنطق القانونى ما يمنع حدوث ذلك ؛ كأن يلجأ أحد النوادى أو إحدى الجمعيات الخاصة أو شركة من شركات القطاع الخاص إلى إبرام عقد بوت . ذلك أن هذه العقود هى عقود جديدة وتعتبر وسيلة مشروعة لتلبية احتياجات هذه الجهات أو الشركات . على أن هذا العقد يكون فى كل أحواله عقداً مدنيا يخضع فى أحكامه لما اتفق عليه الأطراف وقواعد القانون المدنى .

---

(١) محمود فهمى : عقود الـ B.O.T وتكييفها القانونى - المرجع السابق - ص ٢ .

٢- شركة المشروع :

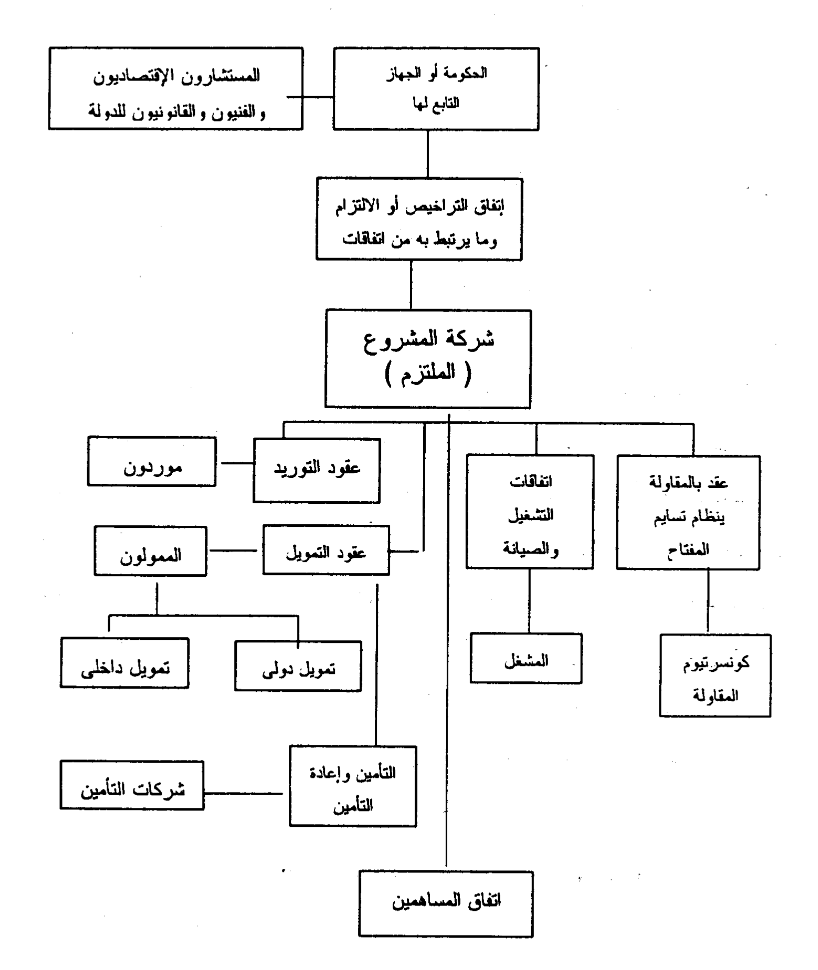
تعتبر شركة المشروع الطرف الرئيسى الثانى فى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية . وهى التى تلتزم بأن تبنى وتشغل وتنقل ملكية المشروع بعد انتهاء مدته إلى الدولة مرة أخرى وبحالة جيدة .

على أن ذلك يتم عادة عبر شبكة أو سلسلة من التعاقدات التى تبرم فى إطار العقد الرئيسى وبين متعاقدين آخرين. ويعتمد نجاح عقد البوت فى تحقيق هدفه على ترابط هذه العقود وعدم تعارضها ؛ فلكل عقد من هذه العقود دور يؤديه ومتعاقد يؤدى هذا الدور حسب ما ينص عليه العقد الرئيسى والتعاقدات اللاحقة به ومن ذلك بالإضافة إلى شركة المشروع التى أسسها المستثمرون والتى تلتزم أساساً بالبناء والتشغيل ونقل الملكية ، الاستشارى الذى يجرى دراسات الجدوى والمقاول الذى يتولى تصميم وإنشاء الأعمال ، والمهندس الذى يقوم بالإشراف على إنشاء الأعمال ومورد المعدات ومورد الوقود والكهرباء وعقود التمويل بين المستثمر ومجموعة البنوك التى تقوم بتوفير التمويل اللازم وغير ذلك . وفى هذا النطاق قد تتعارض المصالح بين هذه الأطراف إلا أنه يبقى ضرورة أن تعمل هذه التعاقدات الجانبية نحو تحقيق هدف العقد الأصلى هو بناء المرفق وتشغيله ثم نقل ملكيته مرة أخرى ، إلى الجهة الإدارية .

وقد رصد البعض(١) العلاقات المتشابكة والمرتبطة بتنفيذ مشروعات البوت كما يلى :

---

(١) هانى صلاح سرى الدين : الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية التى يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل فى مصر – مجلة القانون والاقتصاد – العدد ٦٩ – ١٩٩٩ – ص ١٧٤ .



الحكومة أو الجهاز التابع لها
المستشارون الإقتصاديون والفنيون والقانونيون للدولة
إتفاق التراخيص أو الالتزام وما يرتبط به من اتفاقات
شركة المشروع (الملتزم)
عقود التوريد
موردون
عقود التمويل
الممولون
تمويل دولى
تمويل داخلى
التأمين وإعادة التأمين
شركات التأمين
اتفاقات التشغيل والصيانة
المشغل
عقد بالمقاولة بنظام تسليم المفتاح
كونسرتيوم المقاولة
اتفاق المساهمين

الخلفية الاقتصادية لنظام البوت :

ارتبط انتشار وذيوع عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية B.O.T مع اتجاه الدولة نحو الخصخصة والتخلص من وحدات القطاع العام والحد من دور الدولة فى النشاط الاقتصادى ، وضرورة تطبيق آليات جديدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية . ويعتبر نظام البوت B.O.T أهم هذه الآليات التى لاقت قبولا وتأييدا ومساندة من قبل البنك الدولى كاستراتيجية لزيادة الكفاءة من ناحية وخفض الأعباء عن الموازنة العامة ، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى(١) .

وعلى ذلك فإن هذه العقود إنما يرجع ظهورها أساسا إلى فكرة اقتصادية باعتبارها آلية من آليات تمويل مشروعات البنية الأساسية(٢) . على أن اللجوء إليها فى إقامة مشروعات البنية الأساسية لا يرتبط بالدول النامية التى تعانى من اضطراب فى موازنتها العامة . وإنما هو أيضا وسيلة تلجأ إليها الدول الصناعية الكبرى نظرا لمزاياه الاقتصادية الكثيرة ؛ فهو يوفر أساليب تمويلية جديدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية . كما أنه يؤدى إلى تخفيض الإنفاق الحكومى ويساعد الدولة على توجيه مواردها إلى قطاعات أخرى أكثر أهمية .

---

(١) رشدى صالح عبدالفتاح صالح : دور البنوك فى تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت B.O.T بحث منشور فى كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – والتشغيل – التمويل ، تحرير محمد متولى – ٢٠٠١ – ص ١٢٣ .

(٢) سامى عبدالباقى أبو صالح : البنيان التعاقدى لمشروعات الـ B.O.T بحث مقدم إلى الدورة التدريبية بمركز البحوث والدراسات الإدارية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٣ ، ١٤ اكتوبر ٢٠٠١ .

ولذلك فإن الكثيرين يعتبرون عقود الـ B.O.T أسلوبا ووسيلة لتمويل مشروعات البنية الأساسية فى الدولة .

المطلب الثانى

أشكال عقود البوت

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست شكلاً واحداً وإنما تتعدد صورها وتتباين .

فعلاوة على الصورة الرئيسية التى تعنى البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فإن الواقع العملى أفرز صوراً جديدة ومغايرة فى بعض أو كل العناصر التى يتكون منها العقد . ومن هذه الصور :

أولاً : البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T :

وفى إطار هذا العقد فإن شركة المشروع تقوم ببناء المرفق وتملكه وإدارته وتشغيله طوال مدة العقد . وتختلف هذه الصورة عن صورة الـ B.O.T فى أنها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد. ويذهب البعض إلى عدم التفرقة بين الصورتين B.O.T و B.O.O.T بينما يميز آخرون بينهما على اعتبار أن الفرق الأساسى فى ذلك يكمن فى ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله ، ففى حين تكون هذه الملكية لشركة المشروع فى عقد الـ B.O.O.T ثم ينقلها مرة أخرى إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز .

فإنها تكون للجهة الإدارية فى عقد الـ B.O.T ذلك أن المشـــروع يبنـــى لحسابها[١] .

ثانيا : البناء والتملك والتشغيل B.O.T :

وفى هذه الصورة فإن شركة المشـــروع تقـــوم ببنـــاء المشـــروع وتملكه وتشغيله وتلتزم بأن تحول ملكيته مرة أخرى إلى الحكومة .

ثالثا : البناء والإيجار ونقل الملكية Build Lease Transfer (BLT):

وفى هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مـدة العقد ثم تأجيره إلى الجهة الحكومية التى تقوم إما بتشـــغيله بنفســـها وإمّـــا بتشغيله عن طريق آخرين .

رابعا : الايجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية :

Lease Renwal Operate Transfer (L B.O.T) :

وفى هذه الصورة تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع قائم مـــن الجهة الحكومية ثم تجدده وتحدثه وتشغله فترة العقد ثم تعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية بصورته الحديثة دون مقابل .

---

(١) محمد بهجت قايد : إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقـــل الملكية (نظام الـ B.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقـــل الملكيـــة (نظـــام الـ B.O.O.T) - دار النهضة العربية - ص ٩ .

خامسا : البناء ونقل الملكية والتشغيل Buld Transfer Operate B.T.O :

فى هذه الصورة تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها وتتكفل بتمويلـــه ثم تعهد بتشغيله إلى القطاع الخاص . وهـــى صـــورة مـــن صـــور إدارة المشروعات العامة وأهم مجالاتها الفنادق والمشروعات السياحية . وتعتـــبر هذه الصورة عقداً من عقود الخدمات .

ويتضح مما سبق أن هذه الصور تجمع بين عقود البناء والتشـــغيل ونقل الملكية فضلاً عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير . وهى تقوم فـــى مجملها على فكرة أساسية ؛ وهى أن يتحمل القطـــاع الخـــاص أو شـــركة المشروع عبء التمويل سواء تعلق الأمر بتجديد المرفق وتشغيله أم تعلَـــق بإنشائه وتشغيله ، وإعادة ملكيته مرة أخرى إلى الدولة .

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

على الرغم من أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بتفريعاتها المختلفة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة ، وعلى الرغم من أن كثيراً من الفقهاء يسلم بأن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس حديثا ، وإنما معروف ومطبق من منتصف القرن التاسع عشر ومن ذلك عقد التزام قناة السويس فى مصر .

فإن شيوع تطبيق هذه العقود فى الربع الأخير من القرن العشرين أدى بالبعض إلى التشكك فى طبيعة هذه العقود . وسوف نتناول هذه الآراء بالتفصيل :

الرأى الأول : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى تنظيم :

بمعنى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس اتفاقاً أو عقداً وإنما هو تنظيم اقتصادى يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابكة والمتعددة بين أطراف مختلفة[1] . بل إن هذه الأطراف قد تتعارض مصالحها .

---

(١) هانى سرى الدين : الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية .. – مجلة القانون والاقتصاد – المرجع السابق – ص ٥ .

وما من شك فى أن هذا الرأى محل نظر ؛ إذ أنه ينكر الطبيعة الاتفاقية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية . ويخرج بها عن الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية بدعوى أنه يتضمن العديد من الاتفاقات التى قد تتعارض فيها مصالح أطرافها . وهذا غير صحيح حيث إن هذه الاتفاقات الفرعية إنما ترتبط فى وجودها بالعقد الرئيسى بين جهة الإدارة وبين شركة المشروع . أما العقود الأخرى التى تبرم تنفيذاً لهذا العقد فهى لا تؤثر فى طبيعته والتى يمكن أن تكون عقود التزام أو عقود إشغال أو عقود توريد أو عقوداً تتعلق بالتمويل ، وقد تكون عقوداً إدارية أو مدنية حسب الأحوال .

الرأى الثانى : الطبيعة الخاصة لعقود البوت :

ذهب البعض إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من عقود الإدارة العادية التى تخضع منازعاتها للقانون الخاص . ذلك أن هذه العقود شأن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية . فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد شأنها فى ذلك شأن الأفراد العاديين[1] . فمثل هذه العقود لا تقبل تميز الإدارة بالسلطات التى تميزها فى العقود الإدارية ويترتب على ذلك أن العقود التى تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام البوت هى عقود تتعاقد فيها الإدارة باسلوب القانون الخاص . ولا تستطيع الدولة أو أحدى الهيئات التابعة لها أن تضمن هذا العقد شروطاً استثنائية . فإذا كانت الدولة أو الجهة الإدارية

---

(١) Well (P.) : Droit international public et Droit Administratif, Melanges, trotabas, p. 527.

التابعة لها تستطيع أن تضمن عقودها فى الداخل أساليب القانون العام التى تقوم على تمييز جهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التى طرفها أجنبى على اعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافى . ومن ثم يجب أن تقف موقف المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبياً[١] .

وقد ذهب البعض إلى أن عقود البوت يمكن أن تكون عقود التزام إدارية تخضع لقواعد القانون الإدارى فى فرنسا أما فى مصر فإن هذا العقد يعتبر عقداً مدنيا يخضع لقواعد القانون المدنى وليس عقداً إدارياً . على سند من القول مرده اختلاف المعيار المميز للعقد الإدارى فى القضاء الإدارى فى مصر عنه فى فرنسا . ففى حين يشترط القضاء الإدارى فى مصر توافر معايير ثلاثة لذلك ، وهى : أن تكون الإدارة طرفا فيه ، وأن يتضمن شروطاً غير مألوفة ، وأن يتصل بنشاط مرفق عام . فإن مجلس الدولة الفرنسى يكتفى بأحد هذه العناصر ، لإصباغ الصفة الإدارية على العقد الإدارى . ولما كانت هذه العقود لا تتضمن شروطا استثنائية ، فإن العقد يكون مدنيا فى مصر وإداريا فى فرنسا نظراً لاتصاله بنشاط مرفق عام أو بحكم وجود الجهة الإدارية طرفا فيه[٢] .

وفى الحقيقة نرى أن هذا الرأى ينطلق من جوانب خاطئة . فليس صحيحاً ارتباط الشروط غير المألوفة التى تتضمنها العقود الإدارية بمبدأ

---

(١) Le Boulanger (ph) : les contrats enter Etats et éntreprises étrangers, Ed, Economica 1985 p.229 .

(٢) ABDEI BAKI (Samy) : les projets internationaux de Construction menés selon la Formule B.O.T (Build, operate, Transfer) Thése , 2000, paris . pp. 262 - 266 .

سيادة الدولة . فهذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام . فضلاً عن أنها لا تتضمن فى كل الأحوال تميزاً لجهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد وإنما تضمن للمتعاقد معها حقوقاً أكثر مما يتضمنها العقد العادى .

وفضلاً عن ذلك فإن العقود الإدارية تضمن تقييد حرية الإدارة فى اختيار المتعاقد معها بأساليب معينة وهو ما يعرف بتقييد الحرية التعاقدية للإدارة Restriction de la liberte contractuelle . مما يعنى تحقيق حرية المنافسة بين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة(١).

أما القول بأن عقود البوت B.O.T هى عقود مدنية فى مصر نظراً لعدم احتوائها على الشروط الاستثنائية ، ومن ثم يتخلف بشأنها أحد العناصر المميزة للعقد الإدارى ، مردود بأن عقد التزام المرافق العامة هو عقد إدارى بطبيعته ، أى أنه عقد إدارى بمجرد أن تكون الإدارة طرفا فيه وأن يتصل بنشاط مرفق عام . لأنه حين تعهد جهة الإدارة لفرد أو شركة بإدارة وتشغيل مرفق عام ، ومن باب أولى إنشائه يعتبر أمراً استثنائيا يثبت به للعقد صفته الإدارية(٢) .

---

(١) فى ذلك راجع مؤلفنا : المناقصات العامة فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة اليونسترال – دراسة مقارنة – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص ٧ .

(٢) DE FORGES (Jean michel) droit administratif , 5e édition – P.U.F – 1994, p 70 .

الرأى الثالث : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى عقود التزام مرافق عامة :

يذهب هذا الرأى إلى اعتبار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T هى عقود التزام مرافق عامة[1] . وما من شك فى أن عقد الالتزام يعتبر أهم العقود الإدارية . وهو عقد إدارى بطبيعته أى أنه يكون إدارياً فى كل الأحوال متى كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام . وإذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام اعتباره أسلوبا لإدارة المرافق العامة ، إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلى الملتزم . فإن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم - بداءة - بإنشاء المرفق وتشغيله مدة العقد ثم رده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية . وهو الأمر الذى كان عليه عقد التزام قناة السويس ولم يمار أحد فى طبيعته . ومن ذلك أيضاً عقود البترول .

وقد عرفت محكمة القضاء الإدارى عقد الالتزام فى حكمها بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٥٦ بأن « ... التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية

---

(١) محمود محمد فهمى : عقود البوت وتكييفها القانونى - المرجع السابق - ص ٤ .
Lalive (P.): les contrats enter Etats et entreprises priveer etrangeres, Rapport unidroit , Rome , Sept . 1976, p. 185 .

عبدالرحيم محمد سعيد : النظام القانونى لعقود البترول - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ص ٢٠٣ .

وانظر أيضا : حسن مصطفى فتحى : الجوانب القانونية الأساسية فى نظام البوت B.O.T بحث مقدم إلى مركز التحكيم بكلية الحقوق - جامعة عين شمس - نوفمبر ٢٠٠٠ - ص ٥ .

وطبقاً للشروط التى توضع لـــه بـــأداء خدمـــة عامـــة للجمـــهور وذلـــك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمـــن واســـتيلائه على الأرباح .

فـــالالتزام عقـــد إدارى ذو طبيعـــة خاصـــة ، وموضوعـــه إدارة مرفق عام ، ولا يكـــون إلا لمـــدة محـــدودة ويتحمـــل الملـــتزم بنفقـــات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً فى شـــكل رســـوم يحصلـــها من المنتفعين .. » [١] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى : فى ٢٥ مارس - ١٩٥٦ - مجموعة المبـــادئ - السنة العاشرة - ص ٢٥٩ .

المطلب الرابع

عقود البوت B.o.T
بين المنافع والمخاوف

تتبدى أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بصورها المختلفة في كونها تعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقامة فيه . وبذلك يكون أكثر قدرة على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية(١) .

وعقود البوت تهدف تحقيق امرين يتمثل الأول في تطوير وتوسيع وتحسين أداء المرافق العامة القائمة . أما الثانى فيهدف إلى إنشاء مرافق جديدة بتمويل من القطاع الخاص . وهو فى هذا المجال وذلك يؤدى إلى تحسين ظروف عمل الاقتصاد فى دولة ما . وسوف نعرض أهم هذه المميزات .

أولا : تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة :

ففى ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل بها مما يؤدى إلى أن تتفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية . وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمرا أجنبيا مما يعنى إدخال استثمارات جديدة

---

(١) محسن أحمد الخضيرى : عمليات الـ B.O.T الأسس – القواعد – الاتجاهات . بحث منشور فى محمد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T – المرجع السابق – ص ٧٤ .

وتمويل خارجى الأمر الذى يؤدى إلى تحسين ميزان المدفوعات وخفض العجز فى الموازنة العامة للدولة وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبى.

ثانيا : إقامة مشروعات ومرافق جديدة :

فهذه العقود تؤدى إلى إقامة مشروعات ومرافق جديدة . مما يؤدى إلى إتاحة مزيد من فرص العمل ، وضخ أموال جديدة إلى السوق مما يقلل من نسبة التضخم ويحد من البطالة ، فضلا عن كونها تؤدى إلى خلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة مثل إنشاء الطرق أو محطات الكهرباء أو المياه أو الأنفاق أو غير ذلك من المشروعات التى تتم عبر هذه العقود .

ثالثا : توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية :

ذلك أن هذه العقود توفر فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية[١] ، فالقطاع الخاص الذى يضطلع بإنشاء وتشغيل المرفق له مصلحة محققة فى استخدام هذه التكنولوجيا سواء فى الإنشاء أم التشغيل ، وتحديثها بصفة مستمرة .

فضلا عن ذلك فإنه ينقل مخاطر تمويل إنشاء هذه المرافق أو تحسين ظروف العمل بها إلى القطاع الخاص مما يخفف العبء عن موازنة الدولة المحدودة الموارد ، كما أنها تغنى عن لجوء الدولة إلى الاقتراض الخارجى وما يترتب عليه من اختلالات فى الموازنة العامة وأعباء خدمة هذه الديون .

---

(١) هانى سرى الدين : التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية – المرجع السابق – ص ١٨٧ .

رابعا : استفادة الحكومات من خبرة القطاع الخاص فى تقديم الخدمـة العامة :

فـالإدارة الخاصـة دائمـا أكـثر فاعليـة وكفـاءة مـن الإدارة الحكومية . مما يحسن من أداء هذه الخدمات ، وتحسين صورة الحكومـات أمام المواطنين .

على أن هذه المميزات - فى كثير من الأحيان - قد لا تتحقـق . فقد كشفت كثير من التجارب العملية أن الأخذ بنظـام البـوت قـد مثـل عبءً اقتصاديا على الدولة المضيفة فى كثير من التجارب لأسباب كثـيرة ومنها[١] :

١- لجوء المستثمر سواء أكـان أجنبيـاً أم محليـا إلـى السـوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع بـدلاً مـن تحويـل هـذه الأموال من الخارج ثـم بعـد ذلـك يسـتخدم هـذا التمويـل الداخلـى لاستيراد المعدات والأجهزة مـن الخـارج . ممـا يـؤدى إلـى زيـادة الطلب على العملات الأجنبية والضغط على السيولة المتاحة فـى السـوق الداخلى ، الأمر الذى يؤدى إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية .

وهو الأمر الذى حدث عند تنفيذ عقـد B.O.T بإنشـاء محطتـى كهرباء سيدى كرير . حيث حصلت شركة المشروع مـن بعض البنـوك

---

(١) حمدى عبدالعظيم : عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق - بحـث منشور فى محمد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية - المرجع السابق ص ١١٦ .

الوطنية على قرض قدره ٤٠٠ مليون دولار بدلا من تحويل هذه الأمـــوال من الخارج[١] .

٢- إن المميزات الاقتصادية التى يهدف إلى تحقيقها عقــد البــوت B.O.T قد يصعب تحقيقها نظراً لزيادة أعبـــاء الاســتيراد مــن الخـــارج وتحويل المستثمر الأجنبى للأرباح الناتجة عن المشروع إلى الخــارج دون أى قيود تلزمه باستثمار جزء من هذه الأموال فى الدولة المضيفــة ، ممــا يؤدى إلى اختلال ميزان المدفوعات والتأثير على مقدار السيولة فى الســوق المحلية .

٣- الإفراط فى منح الملتزم المزايا المرتبطة بالعقد ، ومـــن ذلــك التزام الدولة بشراء الخدمة وضمان الحكومة لسداد حد أدنى لمقـــابل هــذه الخدمة . فضلاً عن ضمان البنك المركزى لتأدية الـدين وهو ما حدث فـــى عقد محطتى سيدى كرير . وهو أمر لا يتفق ووظائف البنك المركـــزى . وغالبا ما يكون هذا السعر مرتفعا جداً حتى تســتطيع شــركة المشــروع استرداد ما أنفقته وما تبتغيه من ربح . ويكون هذا السعر بالعملة الأجنبيـــة التى تقوم شركة المشروع بتحويلــه إلى الخـــارج عن طريـــق حسابـــات

---

(١) وهو الأمر الذى دعا رئيس الجمهورية إلى التحذير من التوسع فـــى عقــود الـــ B.O.T وقال فى ذلك : « إن الأعباء التى تتحملـــها مصــر نتيجــة قيــام هــذه المشروعات كبيرة لأنه بعد فترة يتم تحويل مكاسبها إلى الخارج وبالعملة الصعبة» جريدة الأهرام ٢٠٠١/١١/١٢ العدد ٤١٩٧٩ السنة ١٢٦ الصفحة الأولى .
وأعاد هذا التحذير مرة أخرى فى جريدة الأهرام فى ٢٠٠١/١١/١٥ ضاربا المثـل بما حدث فى محطتى كهرباء سيدى كرير . إذ قال « يجب ألا يأتى أحــد ويعمــل نظام B.O.T كما حدث فى الشركة التى عملت محطة كهرباء فى ســيدى كريــر واقترضت أموالاً بالعملة الصعبة من البنوك المصرية . فماذا فعلــت إذن ؟! لقــد ضغطت على مالدينا من عملة صعبة .. » .

لها فى البنوك الأجنبية وهى حسابات تخرج عن رقابة البنوك المركزية فى الدول المضيفة .

وفى عقود التزامات الطرق السريعة التى طرحتها الحكومة المصرية بنظام الـ B.O.T احتوت العروض على تمليك الملتزم مساحات شاسعة من الأراضى التى تقع على جوانب هذه الطرق . وهو أمر قد يتجاوز قيمة هذه العقود لا سيما إذا أبرمت لمدد طويلة من الزمن .

٤- ارتباط عقود البوت بالاحتكار فشركة المشروع تشترط ذلك حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمان عدم منافستها ؛ حتى تستطيع أن تسترد ما أنفقته من أموال . ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ وإذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار ، فان الدولة المضيفة تلتزم بشراء الخدمة التى يقدمها المشروع كما يحدث فى محطات الكهرباء أو تضمن حدًا أدنى من التشغيل كما يحدث فى المطارات أو الطرق .

٥- ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل خاصة إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج . وعلى سبيل المثال ؛ فإنه فى قطاع الكهرباء تم التعاقد على إنشاء وتشغيل محطات كهرباء كما يلى :-

- مشروع محطة توليد سيدى كرير بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد عليه فى ١٩٩٨/٧/٢٢ وبسعر شراء ٢,٥٤ سنت/كيلو وات ساعة.
- مشروع محطة توليد خليج السويس بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد عليه فى ١٩٩٩/١٠/٣ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/كيلو وات ساعة .

- مشروع محطة توليد شرق بور سعيد بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تـــم التعاقد عليه فى ٣/١٠/١٩٩٩ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/كيلو وات ساعة[١] .

ومن الملاحظ ارتفاع أسعار أول محطة والتى تم التعاقد عليها قبـل المحطتين الأخيرتين بسنة على الأقل . على الرغم من أن المنطق يقضــــى بأن الأسعار ترتفع ولا تنخفض – وإذا علمنا أن كل سنت فى سعر الكيلـــو وات ساعة يكلف الدولة سنويا أربعين مليون دولاراً[٢] . ففـــى مثـل هــذه الحالة تصبح لهذه الأسعار والفروق فيها دلالتها الخطيرة .

ويتعاظم هذا الانتقاد وتصل خطورته مدى أوسع إذا كان المســتثمر (شركة المشروع) يقوم بتحويل جميع أرباحــــه إلـــى الخـــارج ولا يلــتزم باستثمار أى جزء من هذه الأرباح فى الدولة المضيفة كما هو حادث فـــى كل عقود البوت التى أبرمتها الحكومة المصرية[٣] . وهى حســابات تفتــح خارج حدود الدولة التـــى ينفــذ فيــها المشــروع والتـــى يطلــق عليــها OFF Shore ويتم فيها تحويل الأرباح إلى الخارج مباشرة حتى تكون هذه الحسابات بمنأى عن أية إجراءات اقتصادية أو سياسية تتخذ من قبل سلطات

---

(١) معتز كامل مرسى : « تقرير » بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفـذة بنظام الـــ B.O.T – المرجع السابق ص ٨ .

(٢) المرجع السابق : ص ٧ .

(٣) فى التجربة المصرية فى مجال إنشاء المطارات بنظام B.O.T . راجـــع تقريــر : مجدى موريس نخلة – مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية – القـــاهرة ٢٧ – ٢٨ يناير ٢٠٠١ .

الدولة المضيفة[١] .مع التزام صارم من السلطات الوطنية فى الدولة المضيفة بتحويل هذه الأموال حسب العملة الأجنبية أيا كانت قيمتها وفى أى وقت تشاء شركة المشروع .

٦- إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لمدة طويلة ، قد تصل إلى تسع وتسعين سنة حسب التعديلات التشريعية الحديثة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٨ . وهو أمر شديد الخطورة ، إذ أن عقدا يعقد لهذه المدة الطويلة من الزمن يقيد أجيالا من بعدها أجيال ، ثم إنه قد يرتب أوضاعا سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها فيما بعد ، ومثال ذلك ما حدث لمصر من جراء التزام قناة السويس الذى أبرم لهذه المدة وكان السبب الرئيسى فى احتلال مصر سنة ١٨٨٢ والعدوان الثلاثى عليها سنة ١٩٥٦ .

وبعد فإننا وإن كنا نرى جدية هذه المخاوف ، فإنها لا تعنى إغلاق الباب أمام هذه العقود ، وإنما يجب أن تتضافر جهود الفقه والمشرع فى إصدار قانون يؤمن اللجوء إلى مثل هذه العقود ويعظم إيجابياتها ويحد من السلبيات التى تنتج عنها ؛ لمصلحة الوطن ولتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة . وليكن معلوما تماما أنه إذا كانت حاجة الدول النامية إلى رؤوس الأموال لتحقيق التنمية أمرا ضروريا . فإن حاجة هذه الأموال للعمل داخل أسواق هذه الدول أيضا أمر ضرورى لها ويحقق مصلحتها .

---

(١) سامى عبدالباقى : البنيان التعاقدى لمشروعات الـ B.O.T المرجع السابق – ص ٨ .

المبحث الثانى

الإطار القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

يمثل الإطار القانونى لأى عقد الأساس الذى يكفل نجاح هذا العقـــد فى تحقيق أهدافه . وعندما يتعلق الأمر بعقود البـــوت الـــ B.O.T فـــإن الحاجة إلى وجود هذا الإطار يكون ضرورة أساسية لتطبيق هذا النظـــام . ومرد ذلك إلى أن المنافع التى يمكن أن يحققها عقد البناء والتشغيل ونقـــل الملكية إنما تتوقف على انضباط هذا الإطار القانونى ، فضلا عن وجـوده . وإذا كان عقد البوت يعتبر آلية من آليات الخصخصة فإن البحث فى مـــدى اتفاق هذه الخصخصة مع الإطار الدستورى والتشريعى القائم يعتبر أمـــرا لازما .

وعلى الرغم من تسارع اللجوء إلى عقود البوت فى مصر والـــذى وصل إلى حد الاندفاع – ورغم مخاطره الشديدة – فإنه لا يوجـــد إطـــار قانونى يضبط هذا اللجوء ، فقد كان تدخل المشرع لمعالجات جزئية فقط .

وترتيبا على ما سبق : فسوف نقسم هذا المبحث إلـــى مطلبيـــن : الأول ، نبحث فيه : الإطار الدستورى لعقود البوت الـــ B.O.T .

أما الثانى فنبحث فيه : الإطار التشريعى لعقود البوت الـــ B.O.T .

وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

الإطار الدستورى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T

لم يكن عقد البوت B.O.T بتفريعاته المختلفة عقدا حديثا . بل إنـــه عقد يمتد بجذوره فى عمق الزمن ، ولعل من أهم العقود التى أبرمت وفقـــا لهذا النظام فى مصر هو عقد التزام قناة السويس . وغيره كثير من العقـــود التى شارك بمقتضاها القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية كمرافق المياه أو المواصلات أو الكهرباء أو غير ذلك .

وبعد قيام الثورة واتجاه النظام السياسى والاقتصادى إلـــى الفكـــر الاشتراكى أخذت الدولة على عاتقها القيام بكافة الخدمات . وتضـــاءل دور القطاع الخاص حتى أوشك على الانتهاء تماما .

ثم بعد ذلك – ومع اتجاه الدولة إلى النظام الاقتصادى الحر وإعمال آليات السوق وإعطاء الدور الأكبر فى النشاط الاقتصادى للقطاع الخاص – عادت من جديد عقود البوت كأسلوب لإنشاء وتشغيل المرافق العامة التـــى تتعلق أساسا بالبنية الأساسية ، والتى ظلت حبيسة نشاط الدولة مدة طويلـــة من الزمن . هذا التحول – وإن بدت أهميته فى علاج المشاكل الاقتصاديـــة التى تعانى منها الدول النامية على الوجه الذى ســـبق وبينـــاه – يســـتلزم بالطبيعة أيضا تحولا فى الأطر الدستورية والتشريعية التى كانت سائدة عند غيابه ، وذلك حتى ينتظم هذا التحول ، وتستطيع الدولة أن تجنى فوائـــده .

فبغير هذا التنظيم الدستوري والتشريعي يصبح الاتجاه إلى الخصخصة أسلوبا عشوائيا غير مضمون العواقب .

وعقود البوت تمثل أسلوبا مهما من أساليب الخصخصة ، ومن ثم تتبدى أهمية بحث مدى وجود إطار دستوري يسمح بذلك .

على أن الحقيقة تتبدى في غياب هذا الإطار الدستوري ، وقد عمدت الاجتهادات الفقهية والقضائية إلى تبني تفسيرات واسعة لنصوص الدستور بلغت مداها في حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ أول فبراير سنة ١٩٩٧[١] .

وعلى ذلك فإننا ، سوف نبحث في هذا المطلب أمرين : **الأول :** مدى جواز خصخصة المشروعات العامة في ظل نصوص الدستور المصري ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ ، **أما الثاني :** حكم المحكمة الدستورية بجواز الخصخصة .

---

(١) **الجريدة الرسمية – العدد ٧ (تابع) في ١٩٩٧/٢/١٣ .**

الفرع الأول

الخصخصة ونصوص الدستور المصرى

يقوم النظام الاقتصادى فى الدستور المصرى الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ على النظام الاشتراكى ، وتأتى نصوص هذا الدستور لكى تؤصل هذا النظام .

فمن ناحية أولى : المادة ٢٣ منه توجب تنظيم الاقتصاد القومى وفقا لخطة تنمية شاملة ، إذ تنص على أن « ينظم الاقتصاد القومى وفقا لخطة تنمية تكفل زيادة الدخل القومى وعدالة التوزيع ورفع مستوى المعيشة ، والقضاء على البطالة وزيادة فرص العمل ، وربط الأجر بالإنتاج وضمان حد أدنى للأجور ، ووضع حد أعلى يكفل تقريب الفروق بين الدخول » .

ومفاد هذه المادة هى ضرورة ربط الاقتصاد المصرى بخطة مركزية تتضمن تحديد الأهداف والوسائل التى تحققها وتبين نتائجها . وقد عرفت مصر منذ الثورة خططا من هذا القبيل ، وقد تكون هذه الخطط طويلة أو متوسطة أو قصيرة الأجل .

وإذا كان التخطيط هو أساس نجاح كل عمل ، فإن دوره يختلف من نظام اقتصادى إلى آخر . ففى الأنظمة الاشتراكية تقوم الدولة بوضع خطة مركزية تسيطر من خلالها على النظام الاقتصادى فى الدولة ، ويتضاءل معها دور الأفراد ، ويقتصر هذا الدور على أحسن الفروض فى مجرد تنفيذ مهام مخطط لها سلفا وتدور فى فلك الخطة المركزية .

أما فى النظام الرأسمالى فإن المشروع الخاص هــو الــذى يقــوم بوضع الخطة المناسبة له . وعلى ذلك فإذا كان فى النظام الاشتراكى خطــة واحدة ، فإنه فى ظل النظـــام الرأســمالى تتعــدد هــذه الخطــط بتعــدد المشروعات الفردية .

ومن ناحية ثانية : فإن المادتين ٢٤ ، ٢٥ من الدســتور تؤكــدان سيطرة الشعب على أدوات الانتاج ؛ فالمادة ٢٤ تنص على أن « يســيطر الشعب على كل أدوات الانتاج وعلى توجيه فائضها وفقا لخطة التنمية التى تضعها الدولة » .

كما تنص المادة ٢٥ على أن : « لكل مواطن نصيب فــى النــاتج القومى يحدده القانون بمراعاة عمله أو ملكيته غير المستغلة » .

وهذا الأمر وذاك لا يوجدان إلا فى ظل نظام أشتراكى .

ومن ناحية ثالثة : فإن المادة ٣٠ من الدســتور تنــص علــى أن «الملكية العامة هى ملكية الشعب وتتأكد بالدعم المستمر للقطــاع العــام ، ويقود القطاع العام التقدم فى جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية » .

والجلى أن هذه النصوص وغيرها التى احتواها الفصل الثانى مــن الباب الأول من الدستور المصرى تفرض نظاما اشتراكيا ينهض فيه القطاع العام بالدور الرائد فى قيادة هذا النظام . ومن ثم يبقى متعارضا مــع هــذه النصوص القول بأنها نفسها تبيح الخصخصة وبيع وحدات هذا القطاع إلــى القطاع الخاص . فتحول الاقتصاد المصرى من النظام الاقتصــادى القــائم على التخطيط والملكية العامة ، وملكية الشعب لأدوات وسائل الانتاج إلــى اقتصاد السوق الحرة طرفى نقيض مع الاقتصاد المخطط ؛ فالمشروع العام

هو أساس الاقتصاد المخطط بينما المشروع الفردى الخاص هو أساس الاقتصاد الحر . كما أن الدولة فى الاقتصاد المخطط لها دور تدخلى كبير سواء فى تحديد كمية الانتاج أو جودته أو سعره ، وقد تكون أسعارا غير حقيقية ، وإنما تراعى أبعادا أخرى . أما فى الاقتصاد الحر فإن ذلك كله يترك لقوانين السوق أى العرض والطلب .

ولذلك فإنا نتفق مع ما ذهب إليه البعض من أن الخصخصة بصورتها التى تضمن بيع وحدات القطاع العام ونقل ملكيتها إلى القطاع الخاص تخالف نصوص الدستور[1] . ولا يقدح فى ذلك القول بأن الدستور لم يحظر الخصخصة بنص صريح ، ومن ثم فإن القاعدة العامة أن كل مالم يحظره القانون جائز[2] . فهذا قول لا يستقيم إذ أنه يفترض أن الحظر فى كل الأحوال يجب أن يكون صريحا . فهو أيضا قد يكون ضمنيا يستفاد من تتابع النصوص وتكاملها . فلا يتفق مع المنطق أن ينسب المشرع الدستورى تنظيمه للشيء ونقيضه فى آن واحد . وهو ما أدى بالرأى المخالف أن يتناقض مع نفسه إذ ذهب إلى « أنه إذا كانت الخصخصة جائزة » دستوريا فإنها « مقيدة » دستوريا ؛ أى أنها يجب ألا تخالف الدستور ما دامت لا تؤدى إلى الإخلال بالمبادئ الاقتصادية فى الدستور ؛

---

(١) سعاد الشرقاوى : مبادئ القانون الإدارى – الطبعة الثالثة – ٢٠٠١ – دار النهضة العربية ص ٣٥٤ ، ٣٥٥ . وأيضا مقالها بعنوان : نقلة حضارية بأساليب متنوعة لتحرير الاقتصاد – جريدة الأهرام – بتاريخ ١٩٩٤/٧/١٩ .

(٢) محمد محمد عبداللطيف – النظام الدستورى للخصخصة – ٢٠٠٠ – دار النهضة العربية – ص ٢٧ .

أى لا تؤدى إلى تخلف القطاع العام وعجزه عن تحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية[١] .

فأى حدود هذه التى تقيد الخصخصة ؟! ، وما حدود هذه الحدود ؟! ثم كيف تحدد ؟! ، والمبادئ الاقتصادية فى الدستور تتناقض أصلا مع الخصخصة من حيث المبدأ . فكيف يجتمعان ؟! .

إن غياب الإطار الدستورى للخصخصة ، يجعل اللجوء إليها فى ظل نصوص دستورية تفرض نظاما اقتصاديا مخالفا لها ، عملية ارتجالية بلا ضوابط تحدد ما يمكن بيعه وما يجب الاحتفاظ به ، وما الوسائل التى تكفل الاستفادة من عوائد هذه العملية ؟ . وعلى ذلك فإنه يجب تعديل الدستور المصرى حتى يساير هذه التحولات . وهو أمر لا يخلو من فائدة تضمن ضرورة ضبط هذا التحول بنصوص دستورية وتشريعية . وكما سبق أن أوضحنا إنه لا يستقيم فى عقل ولا منطق أن ينص الدستور على أن يقود القطاع العام التقدم فى جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية. فى الوقت الذى يتم فيه بيع القطاع العام وتحويله إلى مشروعات خاصة . هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى ، فإن التأميم – الذى كان له فضل السبق فى إنشاء القطاع العام فى مصر على أثر تطبيق القوانين الاشتراكية سنة ١٩٦١ – كان بقانون فلماذا لا تكون الخصخصة بقانون ؟[٢] .

---

(١) محمد محمد عبداللطيف : النظام الدستورى للخصخصة – المرجع السابق – ص٢٧ .

(٢) جابر جاد نصار : الوسيط فى القانون الدستورى – ١٩٩٦ – ص ٣٢٤ .

الفرع الثانى

حكم المحكمة الدستورية العليا بدستورية

عمليات الخصخصة

فى الأول من فبراير سنة ١٩٩٧ أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها فى الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق.د . وقد كان المدعى فيها ينعى على قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٣ لسنة ١٩٩١ مخالفته الأوضاع والإجراءات التى رسمها الدستور فى المادتين ١٩٤ ، ١٨٥ واحتياطيا بعدم دستورية هذا القانون ؛ لأن الغاية التى يستهدفها منافية لحكم المادة ٣٠ من الدستور[١] .

وفى هذا الحكم بعد أن رفضت المحكمة التسليم بعدم مخالفة القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ للأوضاع والإجراءات التى رسمها الدستور فى المادتين ١٩٤ ، ١٨٥ انتقلت إلى بحث مدى اتفاق هذا القانون مع نص المادة ٣٠ من الدستور ؛ والتى تنص على أن « الملكية العامة هى ملكية الشعب . وتتأكد بالدعم المستمر للقطاع العام ، ويقود القطاع العام التقدم فى جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية ».

على أن المحكمة رأت فى إصدار حكمها مناسبة لإعلان تأييدها لسياسة التحول الاقتصادى التى تسير عليها الحكومة . وخاصة أن الانتقادات كانت دائما توجه إلى هذه السياسة بدعوى مخالفتها للدستور ،

---

(١) الجريدة الرسمية – العدد ٧ (تابع) فى ١٩٩٧/٢/١٣ .

فتجاوزت المحكمة حدود الدعوى لتتطرق فى حكمها إلى تفسير نصـوص الدستور المتعلقة بالاتجاه الاشتراكى فيه وبالخطة العامة للدولة وبالملكيـة العامة وما يتعلق بها من استثمار عام تقوده الدولة ، وتأويل ذلك كله ليصب فى تأييد نظام الخصخصة والتحول عن القطاع العام وكل الأسس التى نص عليه الدستور لبناء الاتجاه الاشتراكى فيه . وقد جاء فى هذا الحكـم « ... وحيث إن المدعى طلب كذلك – وبصفة احتياطية – الحكم بعدم دسـتورية قانون شركات قطاع الأعمال العام – فى جملة الأحكام التـى تضمنـها – باعتبار أن الأغراض التى استهدفها منافية لنص المادة ٣٠ من الدستور ... وحيث إن هذا النعى مردود .

أولا : بأن النصوص القانونية التى تقرها السلطة التشريعية انحراف بها عن مقاصد حددها الدستور ، وتنكب بها عن أغراض بعينها ، تفـترض أن تكون هذه المقاصد والأغراض من مكوناتها ، فلا ينفصل بنيانها عنها ، بل تشملها المطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبـط بالأوضاع الشكلية التى يتطلبها الدستور فى النصوص القانونية .

ومردود ثانيا : بأن النصـوص الدسـتورية لا يجـوز تفسـيرها باعتبارها حلا نهائيا ودائما لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها ، فـلا يكون تبنيها والإصرار عليها ، ثم فرضها بآليـة عميـاء إلا حرثـا فـى البحر . بل يتعين فهمها فى ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسيا واقتصاديا .

ومردود ثالثا : بأن قهر النصوص الدستورية لإخضاعـها لفلسـفة بذاتها يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغـها ، فـلا يكـون الدستور كافلا لها ، بل حائلا دون ضمانها .

ومردود رابعا : بأن التنمية الاقتصادية والاجتماعية التى يتطلبها الدستور ، هدفها تغيير أشكال من الحياة من خلال منظومة تتكامل روافدها ، يكون التعليم فيها أكثر عمقا وامتدادا ، والبيئة التى نعايشها خالية من ملوثاتها بصورة أشمل ، والفرص التى يتكافأ المواطنون فى الحصول عليها أبعد نطاقا ، وتوكيد حرياتهم كافل حيويتها واكتمالها ومساواتهم فى مباشرتها ، وحياتهم الثقافية أكثر ثراء ووعيا ، ونظم معاشهم أفضل بمزاياها وعلو مستوياتها . ومن ثم تتحقق التنمية – وميادينها متعددة – من خلال الاستثمار فى رأس المال – ماديا كان أو بشريا – لتقارنها زيادة فى الدخل توجهها قدرة الجماعة فى زمن معين على أن تتخطى عثراتها ، وأن تكرس مواردها لأحداثها ، وأن تكون مدخلاتها تقدما علميا معززا باستثماراتها التى يرتبط معدل النمو بزيادتها واستدامتها وتصاعد إنتاجيتها ضمانا لإفادة المواطنين منها ولو بدرجات متفاوتة .

ومردود خامسا : بأن الاستثمار بمختلف صوره – العام منها والخاص ليس إلا أموالا تتدفق . وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص فإنها تتكافل فيما بينها ، ويعتبر تجميعها لازما لضمان قاعدة إنتاجية أعرض وأعمق لا يكون التفريط فيها إلا ترفا ونكولا عن قيم يدعو إليها التطور ويتطلبها . وما تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور من أشكال للملكية العامة ، وتقوم إلى جانبها كل من الملكية التعاونية والملكية الخاصة ، ليس إلا توزيعا للأدوار فيما بينها لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعا لرقابة الشعب .

ومردود سادسا : بأن تواصل التنمية وإثراءها لنواتجها – وعلى ما تنص عليه المادة ٣٠ من الدستور – إنما يمثل أصلا يبلوره الاستثمار

العام ، ولئن مهد هذا الاستثمار الطريق إلى الاستثمار الخاص ، وكان جاذبا لقواه إلا أنه أسبق منه وجودا ، وأبعد أثرا ؛ إذ يمتد لميادين متعددة لا يقبل عليها الاستثمار الخاص أو يتردد فى ولوجها ، وإن كان تدفق الاستثمار العام لمواجهتها لازما ضمانا لسير الحياة وتطويرا لحركتها بما مؤداه أن لكل من الاستثمارين العام والخاص دوره فى التنمية ، وإن كان أولهما قوة رئيسية للتقدم تتعدد مداخلها ، وليس لازما أن يتخذ هذا الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها ، ولا عليها أن تبقيها كلما كان تعثرها باديا أو كانت الأموال الموظفة فيها لا تغل عائدا مجزيا ، أو كان ممكنا إعادة تشغيلها لاستخدامها على نحو أفضل ، ولا مخالفة فى ذلك للدستور .

ومردود سابعا : بأن ما تنص عليه المادة ٢٠ من قانون شركات قطاع الأعمال العام من جواز تداول أسهم الشركات التابعة لشركات قابضة – ولو آل هذا التداول إلى بيعها للقطاع الخاص – لا يمثل ردة عن الدور الرائد للاستثمار العام ؛ بل هو صون لموارد لا يجوز تبديدها أو بعثرتها ، ضمانا لتواصل التنمية وترابط حلقاتها ، فى إطار من التعاون بين شركاتها !! [١] .

وما من شك فى أن هذا القضاء لا يمكن أن يفهم إلا فى إطار حرص المحكمة على تجنب التصادم مع النظام السياسى ، ولعل ذلك ظاهر فى تطوع المحكمة لتجاوز حدود الدعوى وإثبات رأيها فى مدى اتفاق التحول الاقتصادى مع نصوص الدستور ، والمفاضلة بين هذا النظام

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا : فى الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق.د - بتاريخ أول فبراير ١٩٩٧ – والجريدة الرسمية – العدد ١٧ (تابع) فى ١٩٩٧/٢/١٣ .

وذاك . ولبلوغ هدفها فى تبرير سياسة الخصخصة ، وإثبات توافقها مع نصوص الدستور فسرت المحكمة النصوص الدستورية وفقا لمذهب « تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية » وهو منهج معيب من حيث إنه – فى حقيقته – يعتبر تعديلا لنصوص الدستور ، فهو لا يقتصر على التفسير بل يتعداه إلى خلق قواعد قانونية جديدة تخالف ما يثبته النص . فهذا التفسير يقوم بتعديل وإلغاء نصوص التشريع وخلق قواعد قانونية جديدة وفى هذا توسيع غير مأمون العاقبة لسلطة المفسر[١].

هذا فضلا عن تهاوى المبررات والأسباب التى ساقتها المحكمة وتناقضها ، وذلك على الوجه التالى :

فمن ناحية أولى : ليس صحيحا ما ذهبت إليه المحكمة من أن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائيا ودائما لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها ؛ بل العكس هو الصحيح إذ الأصل أن كل نص قانونى سواء أكان نصا دستوريا أم نصا تشريعيا يقدم حلا نهائيا ودائما لمشكلة معينة . إن الاسترسال مع منطق المحكمة الدستورية العليا إلى النهاية يفضى إلى نتائج غير صحيحة ؛ وهى أن نصوص الدستور أصبحت بلا قيمة ولا جدوى وغير صالحة للتطبيق أو كما عبر البعض « لم تعد إلا حبرا على ورق »[٢] .

فالدستور يقيم النظام الاقتصادى على فلسفة ونظام معين يجب اتباعه ؛ وإذا أرادت الدولة النكول عنه فيجب تعديل الدستور . فاتفاق

(١) رمزى الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستورى – الطبعة الثالثة – ١٩٨٣ – دار النهضة العربية – ص ٣٣٠-٣٣١ .

(٢) محمد عبداللطيف : النظام الدستورى للخصخصة – المرجع السابق – ص ٣٦.

الآليات القانونية مع الواقع يؤدى بطبيعة الحال أن يتم هذا التحول بطريقة صحيحة وسأمونة .

ومن ناحية ثانية : فإن ما ذهبت إليه المحكمة فى تفسيرها لنصوص الدستور هو الذى يؤدى إلى قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها ، لم تتضمنها ولا يمكن أن تتعايش معها أو تؤدى إلى إتمام التحول إليها بطريقة سليمة .

ومن ناحية ثالثة : فليس صحيحا ما ذهبت إليه المحكمة من أن استهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية التى يتطلبها الدستور يمكن أن تتحقق بأية وسيلة مادامت هذه الوسيلة يتحقق بها الهدف . ذلك أنه حين يحدد الدستور وسيلة معينة أو نظاما اقتصاديا محددا يجب أن تتم هذه التنمية عن طريقها . فإذا ما رغبت عن هذه الوسيلة فإنه يجب تعديل نصوص الدستور لاقرار وسيلة أخرى تتحقق بها .

ومن ناحية رابعة : فإذا كان صحيحا ما ذهبت إليه المحكمة من أن الاستثمار بمختلف صوره – العام منها والخاص – ليس إلا أموالا تتدفق وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص فإنها تتكامل فيما بينها . إلا أن الدستور إذ وزع الأدوار بينهما فإنه يجب احترام هذا التنظيم الدستورى إلى أن يعدل أو يلغى .

نخلص مما سبق إلى أن الاتجاه إلى الاقتصاد الحر وخصخصة القطاع العام تتم فى مصر دون إطار دستورى يضبط هذا التحول ، الأمر الذى يفقد هذا التحول الضوابط الضرورية التى تكفل نجاحه . ومن أهم هذه الضوابط تحديد المرافق التى يمكن أن تكون محلا للخصخصة وتلك التى تخرج عنها إعمالا للاعتبارات الوطنية أو الاعتبارات التى تتعلق بالمصلحة

العامة . فضلا عن تحديد أساليب الخصخصة وكيفية التصرف في عوائدها .

وإذا خلصنا إلى تخلف الإطار الدستورى للخصخصة فى مصر فهل توافر له الإطار التشريعى ؟ .

المطلب الثانى

الإطار التشريعى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

عقود البوت B.O.T هى تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة . ومن ثم فإن القواعد التى تحكم عقد التزام المرافق العامة تطبق على عقود البوت بالقدر الذى يتفق مع هذا التطور فهى تمثل إطارا عاما لهذه العقود . وينظم عقد التزام المرافق العامة فى مصر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ .

ونظرا لقصور هذا التنظيم القانونى لعقود الالتزام عن استيعاب التطورات الحديثة لعقود الالتزام التى تتعلق بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية لجأ المشرع إلى تعديلات جزئية تتيح للحكومة أن تبرم عقود البوت التى تتعلق ببعض المجالات مثل إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات المياه والطرق .

ولذلك سوف نتناول فى هذا المطلب **أولا** : عقد الـــتزام المرافــق العامة باعتباره إطارا عاما لعقـــود البـــوت . **وثانيـــا** : غيـــاب التنظيـــم التشريعى الشامل لعقود البوت .

الفرع الأول

عقد الالتزام بمفهومه التقليدى كإطار عام لعقود البوت

يعتبر عقد الالتزام من أهم العقود الإدارية إن لم يكن أهمها علـــى الإطلاق ، فعن طريقه تعهد الدولة لأحد الأشـــخاص ســـواء أكـــان فـــردا أم شركة بإدارة مرفق عام .

لذا يعد عقد الالتزام أسلوبا لإدارة المرافق العامة . فقد ترى الدولـــة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد بها إلى الملتزم .

على أن أهمية عقد الالتزام قد زادت فى الآونة الأخيرة نظرا لاتجاه الدولة للاقتصاد الحر ، وفى هذا الإطار برز دور جديـــد لعقـــد الالـــتزام كوسيلة لتحقيق هذا الاتجاه فضلا عن ظهور صور جديدة لعقد الالتزام تعهد فيها الدولة للقطاع الخاص مهمة إنشاء وتشغيل المرفق لمدة من الزمن ثـــم إعادته مرة أخرى إلى الدولة ، وهى ما تعرف بعقـــود البنـــاء والتشـــغيل والتحويل B.O.T ، وعقود البنـــاء والتملـــك والتشـــغيل ونقـــل المكليـــة . B.O.O.T

وفى هذا الإطار لا تخفى خطورة عقد الالتزام إن هو أبرم لفـــترات طويلة كما حدث بالنسبة لالتزام قناة السويس الذى أبرم لمدة تسع وتســـعين

سنة ، وكان سبباً مباشراً للاحتلال الإنجليزي لمصر ، وسوف ندرس عقد الالتزام دراسة تفصيلية سواء من حيث تعريفه أم بيان طبيعته ، وأخيراً الآثار التى تترتب عليه وذلك كما يلى :

أولا : تعريف عقد الالتزام :

عَرف القانون المدنى المصرى عقد التزام المرافق العامة فى المادة ٦٦٨ منه بالآتى : « التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن » .

وقد عَرفت محكمة القضاء الإدارى عقد الالتزام فى حكمها بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٥٦ بأنه « .. التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية ، وطبقاً للشروط التى توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح .

فالالتزام عقد إدارى ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه إدارة مرفق عام . ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين .. »[١] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى – فى ٢٥ مارس ١٩٥٦ – المبادئ – السنة العاشرة – ص ٢٥٩ .

ومما سبق تتضح أهمية عقد الالتزام من حيث إنه يسمح بأن يحل شخص عادى محل السلطات العامة فى إدارة مرفق عام[1] . على أن التطور الحديث – منذ بداية العقد الأخير من القرن العشرين ، ومع اتجاه الدولة إلى نظام الاقتصاد الحر وإعطاء الدور الأساسى للقطاع الخاص فى الحياة الاقتصادية – قد أدى إلى تعدد صور عقد الالتزام ولم يعد الأمر يقتصر على مجرد حلول شخص عادى أو شركة محل الإدارة فى إدارة مرفق عام ، وإنما أصبح الفرد العادى أو المشروع يتكفل بداءة بإنشاء المرفق وتشغيله مدة الالتزام ثم يعيده مرة أخرى إلى الدولة وهو الأمر الذى استدعى أن يضبط مجاله بنص دستورى ؛ فالمادة ١٢٣ من دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ تنص على أن يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة .

ونظم المشرع عقد الالتزام بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . واقتضت التطورات التى سبقت الإشارة إليها أن يصدر المشرع تعديلات على هذين القانونين تمشيا مع هذه التطورات وتعدل فى قواعد منح الالتزام وحقوق الملتزم ومدته ، ومثال ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ وهو ما سوف نعرض لأهم أحكام عقد الالتزام فيهما بعد تبيان طبيعة عقد الالتزام .

ثانيا : طبيعة عقد الالتزام :

ذهبت بعض الآراء إلى تكييف عقد الالتزام على إنه عمل قانونى يصدر من جانب واحد وهو الإدارة ، وأن حقوق المتعاقد مع الإدارة لا

---

(١) Laurent (Richer) : les contrats administratifs - 1991 - Dalloz.. p.33 .

تستمد من عقد يبرمه باتفاق مع جهة الإدارة ، وإنمـــا مصدرهـــا العمـــل القانونى الصادر من الإدارة وحدها . وعلى هذا الأساس فإن الملتزم ليســت له حرية فى مناقشة بنود عقد الالتزام ، وإنما كل ما هو لـــــه أن يقبـــل أو يرفض الوثيقة التى تصدرها الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة .

على أن الرأى الراجح فى تكييف عقد الالتزام يذهب إلـــى اعتبـــار هذه العقود من طبيعة مركبة ؛ أى تتضمن شروطاً تعاقدية وأخرى لائحية .

١- الشروط التعاقدية :

وهى الشروط التى يجرى الاتفاق بشـــأنها بيـــن الملـــتزم والإدارة وتخضع لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وغالباً ما تتصل هذه الشـــروط بالجوانب المالية للعقد بين الملتزم والإدارة .

٢- الشروط اللائحية :

وهى الشروط التى تتصل بإدارة المرفق العام وتنظيمه على وجـــه معين فالأصل أن الإدارة هى التى تقوم بذلك . فإذا كان عقد الالتزام يخـــول لها أن تتخلى عن ذلك لأسباب تقدرها إلى الملتزم ، فإن ذلك يكـــون وفـــق الشروط والقيود التى تحددها هى والتى لا تخضع للمساومة أو المفاوضـــة بينها وبين الملتزم .

وهذه الشروط اللائحية تملك الإدارة دائماً تغييرها وتعديلـــها بمـــا يتلاءم وحاجة المرفق وضرورة انتظامه واطراده فى أداء الخدمة[١] .

وفى ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى فى أحد أحكامـــها بتـــاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ إلى أن الدولة وهى المكلفة أصلاً بإدارة المرفق العـــام إذا

---

(١) محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية-٢٠٠٠ – دار النهضة العربية – ص ٦٦.

ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم فى إدارته عـــن أن يكون معاوناً لها ونائبا عنها فى أمر هو من أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العـــام لا تعد تنازلاً أو تخليا من الدولة عن المرفق العـــام ، بـــل تظـــل ضامنـــة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله ، وهى فى سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل فى شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامـــة هـــذا التدخل ، تفرض على الملتزم عبءًا جديداً يزيد عما نص عليـــه الاتفـــاق المبرم بينها وبينه ، أو تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله ، وهى فى ذلك كله لا تستند إلى عقد الالتزام بل إلى سلطتها العامة ، وتحقيقا لغايات هذه السلطة متمتعة فى ذلك بامتياز وسيادة ينتفى معها كـــل طـــابع تعاقدى الأمر الذى يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعـــد القـــانون الخـــاص المتعلقة بالالتزامات . ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ فى أهم شقيه مركـــزاً لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله ، وهذا المركز اللائحى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها ، أما المركز التعاقدى فيعتـــبر تابعاً له وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمـــس الالتزام ... ومع أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحـــة الالتزام والملتزم فإن هذا الاتفاق ليس عقداً ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحياً ..[1] .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ٢٧ يناير - ١٩٥٧ - المجموعـــة - س ١١ - ص ١٦٠.

وفى حكم لها أكدت المحكمة الإدارية العليا ما سبق : « .. إن المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم »[١] .

وعلى الرغم من تسليمنا بالطبيعة المزدوجة للشروط الواردة بعقد الالتزام – كما يذهب إلى ذلك الفقه الراجح وكما استقرت عليه أحكام القضاء – وعلى الوجه الذى سبق وبيناه – فإننا نتساءل عن قدرة هذا التقسيم على الصمود فى وجه التطورات الحديثة لعقد الالتزام والذى يقوم فيها الملتزم بإنشاء المرفق وتشغيله وإعادة ملكيته مرة أخرى إلى الدولة ، وهذه العقود لا تقبل بسهولة فكرة التفرقة بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية ، ولذلك ليس بمستغرب أن تلجأ الدولة إلى إصدار قوانين للاستثناء من أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ مثل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء الطرق العامة ، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧ -قضية ١١٠ – س ١٣ المجموعة – م٢٣ – ص ٢٧ .

إن هذه الاستثناءات التى أوشكت أن تصبح القاعدة العامة فى منح الالتزام تبتغى إعطاء الدور الأكبر للشروط التعاقدية فى عقد الالتزام على حساب الشروط اللائحية .

ثالثا : النظام القانونى لعقد الالتزام :

نظراً لأهمية عقد الالتزام فقد حرص المشرع على تنظيم أهم جوانبه بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ووفقا لأحكامهما يتحدد النظام القانونى لعقود الالتزام كما يلى :-

١- السلطة المانحة للالتزام :

بيّنت المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ السلطة المانحة للالتزام كما يلى :

أ - يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الشعب.

ب - بالنسبة لموارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية فيكون منح الامتياز الخاص باستثماراتها بقرار من وزير الدفاع إذا لم تتجاوز مدته خمس سنوات .

وعلى ذلك فإن مجال إعمال هذا الاستثناء محكوم بشرطين : الأول أن تكون الموارد محل العقد تابعة لوزارة الحربية والثانى ألا تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات ، فإذا تخلف أحد الشرطين فإن منح الامتياز فى هذه الحالة يجب أن يكون بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الشعب .

٢- مدة الالتزام :

تتميز مدة عقد الالتزام بأنها طويلة نسبياً ، فقد حددها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بثلاثين عاماً . ومرد ذلك إلى أن هذا الزمن الطويل الذى يستغرقه عقد الالتزام يكفل للملتزم أن يسترد ما أنفقه من أموال على إنشاء أو تحسين المرفق .

وهذا التحديد الذى أتى به القانون أنهى عرفا كان يجرى بمقتضاه منح الالتزامات لمدة كبيرة كانت تصل إلى ٩٩ سنة ، وهو الأمر الذى عاد مع تطبيقات عقود البوت والتى قد تصل مدتها إلى تسع وتسعين سنة . كما سوف نبين فيما بعد .

رابعا : آثار عقد الالتزام :

يرتب عقد الالتزام حقوقاً لطرفيه فضلا عما يرتبه للمنتفعين بخدمات المرفق العام من حقوق ، وهى حسب ما نص عليه القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ كما يلى :

١- حقوق السلطة مانحة الالتزام :

حدد القانون حقوق السلطة مانحة الالتزام فى ثلاثة حقوق كما يلى :

أ - حق الرقابة على إنشاء وإدارة المرفق العام :

فالمادة السابعة من القانون تنص على أنه « لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية » .

فحق الإدارة فى الرقابة على المرفق العام موضوع الالتزام حق ثابت لها سواء عند إنشائه أو أثناء تسييره ، وذلك راجع إلى طبيعة عقد

الالتزام والذى من خلاله تعهد الإدارة إلى شخص عادى بإدارة المرفــــق . وهو حق مسلم به حتى فى حالة عدم النص عليه فى وثيقة الالتزام .

كما أن حق الرقابة يشمل جميع الأعمال التى تتصل بالمرفق ســواء تعلقت بالنواحى الفنية فى إنشائه أو تسييره أم بالنواحى المالية . ولـــلإدارة أن تعهد إلى أى جهة تراها ممارسة هذه الرقابة أو تشكيل لجنــــة تختــص بذلك ، أو تعيين مندوبين ينوبون عنها فى مراقبة إنشاء المرفق وتســـييره . ويجب على الملتزم أن يمكن الإدارة أو من ينوب عنها فى ممارسة مهمتـــه الرقابية ، وعليه تقديم كافة البيانات أو الأوراق التى تطلبها الجهــــة التـــى تمارس الرقابة .

ب – حق الإدارة فى تعديل النصوص اللائحية بالإرادة المنفردة لها :

لما كانت الشروط اللائحية فى عقد الالتزام شروطاً مقررة من قبــل الإدارة مانحة الالتزام ، ولم تكن محل مفاوضة من قِبل الملتزم ، بل عليـــه أن يقبلها كما هى فإنه يبقى للإدارة فى كل حين تعديل هذه الشروط حســب ما تتطلبه مصلحة المرفق العام وضرورة انتظامه . وهو ما تنــص عليـــه المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ « لمانح الالـــتزام دائمـــا متى اقتضت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيـــم المرفـــق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خـــاص قوائـــم الأســـعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل » .

وعلى ذلك فإن سلطة الإدارة فى تعديل هذه الشروط والتغيير فـــى ظروف تنفيذ العقد يستوجب تعويض الملتزم بحيث لا يتحمل وحده النتـــائج التى يمكن أن تترتب على هذا التعديل . وفى ذلك تذهب المحكمة الإداريـــة العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠ « .. ومن حيث إن المسلم به فقـــها

وقضاء أن شروط عقد الــــتزام المرفــق العــام تنقســم إلــى نوعيــن : شروط لائحية وشروط تعاقدية . والشــروط اللائحيـــة فقــط هــى التــى يملك مانح الالـــتزام تعديلــها بإرادتــه المنفــردة فــى أى وقــت وفقــا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلــك علــى قبــول الملــتزم . والمســلم بــه أن التعريفــة أو خطــوط الســير ومــا يتعلـــق بــــهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بـــإرادة مــانح الالــتزام المنفــردة ، غير أنه وإن كان استعمال مـــانح الالــتزام لحقــه فــى تعديــل قواعــد التعريفة أو خطـــوط الســير لصــالح المنتفعيــن إلا أن إيثــار الصـــالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحيـــة بـــهذه المصـــالح الخاصة بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فإذا ترتب على هـــذا التعديل إضرار بالملتزم فعلى مـــانح الالــتزام أن يعوضـــه بمـــا يجــبر هذه الأضرار » .

ج – حق الإدارة مانحة الالتزام فى استرداد المرفق قبل نهاية مدته :

وهذا الحق أيضاً مقرر للإدارة مانحة الالتزام ، حيث إن اســـترداد المرفق قبل انتهاء مدته إنما يعنى عودة إلى الأصل العام والـــذى يقضـــى بأن الإدارة هى التى تقوم بإدارة المرفق بنفسها . وهو حق أصيل لها حتـــى ولو لم ينص عليه فى وثيقة الالتزام .

وتنص المادة ٤ من القانون رقم ١٢٩ لســـنة ١٩٤٧ علـــى أنـــه « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضـــاع اســـترداده قبــل انتـــهاء مدته » .

ويترتب على استرداد الإدارة للمرفق قبل انتهاء مدته ما يلى :

– حق الملتزم فى الحصول على التعويضات المناسبة .

- رجوع المرفق إلى الإدارة مانحة الالتزام خاليا من الالتزامات قبل الغير ، مالم تقبل الإدارة صراحة أن تحل محل الملتزم في ذلك .

٢ - حقوق الملتزم :

للملتزم فى عقد الالتزام حقوق تتمثل فيما يلى :

أ - حق اقتضاء مقابل :

ويعتبر هذا الحق أساسيا بالنسبة للملتزم فهو يقوم مقام الإدارة فى إنشاء أو تسيير المرفق العام مقابل أن يقتضى هذا المقابل .

وللملتزم أن يحدد المقابل الذى يحصل عليه من المنتفعين على أنه يجب ألا يغالى فى ذلك ، وإلا كان للجهة مانحة الالتزام أن ترد هذا المقابل إلى حدوده المعقولة .

وضماناً لعدم التجاوز نصت المادة الثالثة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أنه لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال .

ب - حق الحصول على المزايا التى يقررها مانح الالتزام :

للملتزم أن يحصل على المزايا التى تقررها الجهة مانحة الالتزام ، وتدخل هذه المزايا فى إطار الشروط التعاقدية التى يجب أن يتفق عليها بين الملتزم والجهة مانحة الالتزام . وهذه المزايا قد تكون مالية تتعلق بتقديم قروض أو تسهيلات مالية أو تقديم قطعة

أرض إليه لبناء المرفق ، أو التزام الجهة مانحة الالتزام بعدم التعاقد مع غيره فى نطاق عمل المرفق . وهذه المزايا هى مزايا اتفاقية بين الطرفين لا يستطيع الملتزم أن يزيدها أو يغيرها من تلقاء نفسه .

ج - حق الملتزم فى ضمان التوازن المالى للعقد :

إن استخدام الإدارة مانحة الالتزام فى تعديل وتغيير بنود عقد الالتزام كما هو مقرر لها قد يترتب عليه إلحاق أضرار بالملتزم . فإنه يبقى على الإدارة أن تجبر هذه الأضرار بما يؤدى إلى ضمان التوازن المالى لعقد الالتزام بين حقوق الملتزم وواجباته ، وفى ذلك ضمان للمصلحة العامة ، لأن به يستطيع الملتزم أن يفى بالتزاماته فى تقديم الخدمة إلى المنتفعين .

٣- حقوق المنتفعين فى عقد الالتزام :

قد تكون حقوق المنتفعين الناشئة عن عقد الالتزام فى مواجهة الإدارة أو فى مواجهة الملتزم .

ففى مواجهة الإدارة : تلتزم الإدارة بأن تراقب حسن سير المرفق وقدرة الملتزم على إدارته والتزامه بالقواعد الحاكمة فى نشاط المرافق العامة ، وأهمها المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق وعدم المغالاة فى أسعار الخدمات التى يؤديها المرفق تحت إدارة الملتزم . فلا يجوز أن تعهد الإدارة إلى الملتزم بإدارة المرفق ثم تتركه دون رقابة ، فهذه الرقابة هى التى تضمن استفادة الجمهور بخدمات المرفق .

أما فى مواجهة الملتزم : فـــإن أول هـــذه الحقـــوق : أن يـــؤدى إلى المنتفعين الخدمة حسـب مـا تنـص عليـه شـروط العقـد المـبرم بينه وبين الجهة مانحـة الالـتزام ، وهـو الأمـر الـذى تنـص عليـه المادة ٦٦٩ من القانون المدنى ومؤداهـا أن : « ملـتزم المرفـق العـام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميلـه بـأن يـؤدى لـهذا العميـل علـى الوجـه المـألوف الخدمـات المقابلـة للأجـر الـذى يقبضـه ، وفقا للشروط المنصوص عليها فى عقـد الالـتزام وملحقاتـه وللشـروط التى تقتضيها طبيعـة العمـل ويقتضيـها مـا ينظـم هـذا العمـل مـن قوانين » .

* * *

ذلك هو الإطار التقليدى لعقد التزام المرافق العامة ، فى مصـر ، وكما هو واضح لم يعد فى كثير من أحكامه يتلاءم مع التطورات الحديثـة لهذه العقود وما أفرزته من صور مختلفة فى منطقها ونظامها القـانونى . الأمر الذى حدا بالمشرع أن يتدخل بتعديلات جزئية خروجاً عـن التنظيـم التقليدى لهذه العقود . فهل كانت كافية ؟ .

الفرع الثانى

غياب التنظيم التشريعى الشامل
لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
واللجوء إلى المعالجة الجزئية

مع اتجاه الدولة إلى الخصخصة ، اتخذ عقد البوت مكانا علياً بين الوسائل التى اعتمدت عليها الدولة فى تحقيق ذلك . على أنه أصبح واضحا أن الإطار القانونى لعقد التزام المرافق العامة كما نظمه القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقانون ٦١ لسنة ١٩٥٨ لا يتماشى مع هذه التطورات ؛ ذلك أن الإطار التقليدى لعقد الالتزام وفقا لهذين القانونين لا يتفق فى كثير من أحكامه ، خاصة ما يتعلق منها بسلطات الإدارة فى عقد الالتزام ، وبالتحديد سلطتا التعديل واسترداد المرفق قبل انتهاء مدة عقد الالتزام . وكذلك الأحكام التى تتعلق بتحديد حصة الملتزم فى الأرباح وذلك ناتج من متغير أساسى فى التطورات الحديثة مؤداه أن الملتزم هو الذى يقوم بإنشاء المرفق وتملكه مدة الالتزام .

ولذلك كان لابد للمشرع أن يتدخل بتغيير هذا القانون بآخر أكثر حداثة وتطوراً ، يأخذ فى اعتباره الاختلافات الأساسية بين عقد الالتزام بمفهومه وآلياته التقليدية - كما سبق وعرضناها - وبين عقود البوت B.O.T وصوره المختلفة ، والتى تعتبر الصورة الحديثة والمتطورة لعقود الالتزام .

وعلى الرغم من أن الحكومة فى الفترة الأخيرة اتجهت نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص فى إنشاء وتشغيل مرافق البنية الأساسية فى كثير من القطاعات مثل المطارات ومحطات الكهرباء والمياه والصرف الصحى والطرق وغيرها[1] . فإن التنظيم التشريعى لم يبارح مكانه . وأحجمت

---

(١) بلغت المشروعات التى يجرى تنفيذها أو عرضها حتى نهاية عام ٢٠٠١ وفقا لعقود الـ B.O.T كما يلى :

١- إنشاء مطار مرسى على بجنوب البلاد .
٢- توسعات بمطار الغردقة - صالة سفر .
٣- إنشاء مطار الفرافرة .
٤- إنشاء مطار الواحات البحرية .
٥- إنشاء مطار العلمين .
٦- مطار شرق العوينات .
٧- مطار رأس سدر
٨- مشروع إنشاء رصيف بترول بالإسكندرية .
٩- مشروع إنشاء ميناء الدخيلة (ميدكاب) .
١٠- محطة تداول حاويات بميناء شرق بور سعيد .
١١- إنشاء رصيف ومجمع بترولى بميناء دمياط .
١٢- إنشاء محطة تداول حاويات بميناء شمال العين السخنة .
١٣- تطوير ميناء العين السخنة .
١٤- إنشاء شركات حاويات شرق التفريعة وزيادة أطوال الرصيف .
١٥- تطوير ميناء الإسكندرية .
١٦- محطتى توليد كهرباء سيدى كرير .
١٧- محطة الطاقة الشمسية بالكريمات ، غاز طبيعى .

الدولة عن إصدار تشريع عام ينظم هذا التطور ، ونظراً لقصور الإطـــار القانونى التقليدى لعقود الالتزام ، استعاضت الحكومة عن تغيير هذا الإطار بمعالجات جزئية على الوجه التالى :

أولاً : القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ١٢ لســنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر :

ونصت المادة ٧ من هذا القانون على أن للهيئة أن تجـرى جميــع التصرفات والأعمال التى من شأنها تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجلـه ، ولها أن تتعاقد مباشرة مع الأشخاص والشــركات والمصــارف والــهيئات المحلية والأجنبية ، وذلك طبقا للقواعد التى تحددها اللائحة الداخلية .

ويجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء دون التقيــد بأحكــام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقــم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باســتثمار مــوارد الــثروة

١٨- محطة شرق التفريعة .

١٩- إنشاء خط سكك حديد القاهرة/ التبين .

٢٠- إنشاء خط سكك حديد الأسماعيلية/ رفح

٢١- إنشاء خط سكك حديد سيناء/ السلوم .

٢٢- خط سكة حديد السلوم/ وادى النطرون .

المصدر : مركز معلومات مجلس الوزراء . منشور بمجلة الأهرام الاقتصـــادى - العدد ١٧١٥ - بتاريخ ١٩ نوفمبر ٢٠٠١ - ص ٣٤ .

الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :-

أ - أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية .

ب - ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

ج - تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد .

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه - فى حدود القواعد والإجراءات السابقة - قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة .

ثانيا : القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على ذات الشروط التى سبق ونص عليها القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر .

ثم نصت المادة الثانية على أنه « مع مراعاة إشراف الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى على عمليات تأمين سلامة الطيران والقائمين عليها والتحقيق فى المخالفات الخاصة بها ، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أى مكتب لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية . ويكون للملتزم بالنسبة للمطارات وأراضى النزول محل الالتزام السلطات والاختصاصات المسندة إلى الهيئة فى المواد ١٨ ، ٢١ ، ٦٨ من قانون الطيران المدنى ،

وإلى السلطات المختصة بالطيران المدنى فى المادة ٥٧ من قانون رسوم الطيران المدنى ، وذلك فى حدود الشروط الواردة فى عقد الالتزام .

ثم نصت المادة الثالثة على أنه « لا يجوز الحجز أو اتخاذ أى إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات ، وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام .

ثم نصت المادة الرابعة على أن « يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال ، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام ، وتؤول جميعها إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال » .

ثالثا : القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ فى شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة :

وفى هذا القانون نصت المادة ١٢ مكرر على أنه : « استثناء من أحكام المواد ١ و ٣ و ٩ مكررا من هذا القانون ، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب ، أشخاصا طبيعيين أو معنويين ، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

(أ) أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية .

(ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

(ج) تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد .

(د) يكون للملتزم ، فى خصوص ما أنشأه من طرق ، سلطات واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق فى المواد ٥ ، ٦ ، ٨ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٥ (فقرة أولى) من هذا القانون ، بما فى ذلك الحق من استغلال مساحات واقعة على جانبى الطريق وفى بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التى تخدم الطريق والمارة ، ويتعين على الملتزم المحافظة على الطريق وعلى المشروعات المشار إليها وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام ، على أن تؤول جميع المنشآت إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة .

وتكون الهيئة العامة للطرق والكبارى والنقل البرى هى الجهة المختصة ، دون غيرها ، باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٤ ، ٩ ، ١٨ (فقرة ثانية) من هذا القانون .

(هـ) الالتزام بأحكام قانون المرور والقرارات التى تصدر فى شأن استعمال الطرق العامة .

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه ، فى حدود القواعد والإجراءات السابقة ، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات » .

ويلاحظ على هذه التشريعات ما يلى :

الملاحظة الأولى : أنها صدرت لتعالج موضوعات جزئية . ولذلك فهى تفتقر للمعالجة الشاملة لنظام البوت . وقد اقتصرت هذه المعالجة أساساً بالاستثناء من القيود التى أوردها القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . وهى إذ رفعت هذه القيود لم تضع الضوابط المهمة التى تكفل نجاح هذا النظام فضلاً عن ضرورة المحافظة على حقوق الدولة فى عقود البوت . على الرغم من أن الحاجة أصبحت ماسة وضرورية لوضع تنظيم قانونى شامل يضمن حقوق الدولة وحقوق المتعاقد فى الوقت نفسه .

الملاحظة الثانية : أن هذه التعديلات جميعها ذهبت إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتسعين سنة بعد أن كانت فى القانون القديم ثلاثين عاماً.

ولقد كان التحديد الذى أتى به القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ أنهى عرفا كان يجرى بمقتضاه منح الالتزامات لمدة كبيرة ، كانت تصل إلى تسع وتسعين سنة ، ولعل أشهر التزام فى التاريخ هو التزام قناة السويس ، إذ أبرم لمدة تسع وتسعين سنة ، ولا يخفى على أحد ما سببه هذا العقد من كوارث لمصر ابتداء من التدخل الأجنبى فى شئونها إلى إغراء حكامها

آنذاك بالاقتراض بضمان قناة السويس حتى غرقت الحكومة آنـــذاك فـــى الاستدانة وتبع ذلك الاحتلال البريطانى لمصر .

ومن عجب أن نعود مرة أخرى إلى إطالة مدة الالتزام إلـــى تســـع وتسعين سنة كما حدث فى الأمثلة السابقة . ولا شك أن هذه العـــودة غـــير الحميدة لا تتفق مع الفكر القانونى الحديث الذى يأبى أن يظل عقد بالغ مـــا بلغت أهميته ممتدا عبر الزمن لمدة قرن من الزمان « تقريبا » يقيد أجيـــالاً من بعدها أجيال . وتبلغ الخطورة مداها إن تعلق مثل هذا العقد بـــالموارد الطبيعية أو الحيوية لشعب من الشعوب[١] .

وهو ما ذهب إليه قسم التشريع بمجلـــس الدولـــة عنـــد مراجعتـــه لمشروع قرار رئيس الجمهورية بمشروع قانون بمنح التزام المرافق العامة لمياه الشرب والصرف الصحى وإنشاء جهاز تنظيم قطاع ميـــاه الشـــرب والصرف الصحى وحماية المستهلك ، إذ قرر « .. وقد ارتأى القسم أن مدة الالتزام المنصوص عليها فى البند (ب) من المادة الأولى مـــن المشـــروع يمكن أن تصل إلى ٩٩ عاماً وهى مدة طويلة جداً تقرب من القـــرن مـــن الزمان تغل فيها سلطة الدولة – بإرادتها المنفردة – عـــن تعديـــل بنـــود الشروط الاتفاقية فى عقد الالتزام (طبقا لما جاء فى البنـــد ب مـــن المـــادة الأولى من المشروع) وهو ما يعد تقييداً لأجيال قادمة عن ملاحقة التطـــور السريع فى المسائل الاقتصادية والاجتماعية خاصة فى مجال حيوى مثـــل مجال مياه الشرب والصرف الصحى ، ونقترح تحديد مدة معقولة لا تجاوز

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى : الوسيط فى القانون الإدارى – الجـــزء الأول – ٢٠٠٠ – ص ٤٠٧ .

ثلاثين عاماً ، وذلك استهداء بما نص عليه فى القـانون رقـم ١٢٩ لسـنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة »[١] .

الملاحظة الثالثة : عدم وجود جهاز أو جهة تمارس الرقابة علـى الملتزم لكى تضمن الحكومة التزامه فى تنفيذ العقد بما سبق الاتفاق عليـه ، وتتجلى أهمية وجود هذه الجهة إذا أبرم هذا العقد لمدة طويلة قد تصل إلـى تسعة وتسعين عاماً . فإذا لم يلتزم المتعاقد مع الإدارة فـى تنفيـذ العقـد بالمواصفات والشروط المتفق عليها ، والتى تضمن عودة المرفق بعد انتهاء مدته إلى الجهة الإدارية بحالة صالحة للتشغيل . ومن ذلك مثلاً عدم الـتزام المستثمر بالمواصفات المعيارية والفنية فى عملية الإنشاء ويساعده فى ذلـك وجود استشارى فنى أجنبى يقدم له شهادة صلاحية غير مطابقة للحقيقة .

ويترتب على ذلك أن يصبح المشروع غير صالح للتشـغيل عنـد تسلم الدولة له فى نهاية العقد . ومثال ذلك أن كمية الخراسانة المسـتخدمة فى إنشاء محطتى كهرباء سيدى كرير وفقا لعقد البوت تقل بنسبة النصـف عن كميات الخراسانة التى استخدمت فى المحطتين اللتين أقامتهما الحكومـة المصرية قبل ذلك رغم أن استشارى المحطات الأربـع شـركة أمريكيـة واحدة. ولا شك أن ذلك يؤدى إلى أن المحطتين اللتين أنشـأهما المسـتثمر عن طريق عقد التزام B.O.T يكونان غير صـالحين عنـد نقلـهما إلـى الحكومة المصرية[٢] .

---

(١) ملف رقم ٢٠٠٠/٣٣ بتاريخ ٢٠٠١/٤/٢٩ . (غير منشور) .

(٢) حمدى عبدالعظيم : عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيـق – فـى محمد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية : المرجـع السـابق – ص ١١٨ .

إن اندفاع الحكومة نحو تطبيقات عقود البوت دون أن تُنشئ مثل هذا الجهاز الذى يقوم بالرقابة والمتابعة سوف يؤدى إلى تبديد الاستثمارات القومية ، ويصبح اللجوء إلى عقود البوت عبءًا على الاقتصاد القومى . وتبدو الاستفادة من مميزات عقود البوت فى ظل هذا الفراغ التشريعى أمراً بعيد المنال .

لكل ما سبق : فإن الأمر بات ضرورياً أن يصدر المشرع تشريعاً ينظم عقود الالتزام التى أبرمتها الحكومة فى صورة البوت B.O.T حتى تستفيد الدولة من المزايا التى توفرها عقود البناء والتشييد ونقل الملكية B.O.T .

الملاحظة الرابعة : أن هذه التعديلات التشريعية قد ألغت كافة القيود الواردة فى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والخاص بتحديد حدود قصوى لحصة الملتزم فى الأرباح . بل إنها تعمل على كفالة حد أدنى من هذه الأرباح للملتزم حتى يستطيع أن يسترد ما أنفقه على المشروع . ومما تجدر ملاحظته فى هذا الإطار هو ارتفاع سعر الخدمة التى يقدمها المرفق . مما تضطر معه الدولة إلى شراء هذه الخدمة بسعر مرتفع وبالعملة الأجنبية ثم تعيد بيعها مرة أخرى للمنتفعين .

الفصل الثانى

النظام القانونى
لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
B.O.T

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس عقدا واحدا ، وإنما هو مجموعة من التعاقدات التى تتعدد أطرافها وتتداخل مصالحها ؛ بل إن هذه المصالح قد تتعارض فى أغلب الأحيان .

فمن ناحية أولى : هناك اتفاقات تتعلق بتوفير التمويل اللازم للمشروع فضلا عن الاتفاقات التى يمكن أن تعقد بين مجموعة المساهمين وشركة المشروع ، والاتفاق بين شركة المشروع والحكومة فى الدولة المضيفة لضمان تنفيذ الجهات الإدارية المتعاقدة لالتزاماتها . فضلا عن ذلك تأتى من بعد مجموعة من العقود (مقاولة – أشغال – توريد) لإنشاء المرفق .

على أن الاطار العام لكل هذه الاتفاقيات هو العقد الأساسى الذى تبرمه الإدارة مع شركة المشروع بهدف بناء وتشغيل المرفق ثم نقل ملكيته مرة أخرى إلى الدولة . فهذا هو العقد الذى يمثل إطارا عاما لكل هذه الاتفاقات التى تهدف فى الأساس إلى تحقيق غاية هذا العقد .

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين : نتناول فى المبحث الأول : إبرام العقد ، وفى الثانى : الآثار التى تترتب على العقد سواء فيما بين أطرافه أو بالنسبة للغير .

وذلك على التفصيل التالى :-

المبحث الأول

إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

إذا كان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T هو فى حقيقته عقد التزام فإنه صورة حديثة لهذا العقد . فهو لم يقتصر على المعنى التقليدى لعقد الالتزام كما سبق بيانه وهو أن تعهد الإدارة إلى شخص ما أو شركة بإدارة مرفق عام – وإنما يتعدى ذلك إلى أن ينهض هذا الشخص أو الشركة بإنشاء المرفق ثم تشغيله مدة العقد ثم بعد ذلك نقل ملكيته إلى جهة الإدارة وهو بحالة جيدة .

وعقد البوت هو عقد ضخم بكل المقاييس ، فضلاً عن كونه عقداً مركبا تتداخل فى تنفيذه مجموعة متشابكة من العقود والاتفاقات الكثيرة التى سبقت الإشارة إليها . ولذلك فإنه بقدر استقامة طريقة تكوين هذا العقد وسلامتها فإنه يستطيع أن يحقق أهدافه والتى تصب فى النهاية فى روافد المصلحة العامة .

ويثور التساؤل فى هذا المقام هل يخضع عقد البوت فى إبرامه للقواعد التى ينص عليها قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أم لقواعد خاصة أخرى ؟ .

وسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب . نتناول فى الأول منها : سلطة منح الالتزام . وفى الثانى : تحديد المشروع وطرح العطاء ، وفى الثالث : ترسية العطاء .

وذلك على التفصيل التالى :

المطلب الأول

السلطة المختصة بمنح الالتزام

لأهمية بعض العقود الإدارية يستلزم المشرع لإبرامـــــها حصـــول الجهة الإدارية الراغبة فى التعاقد على إذن بذلك من جهة يحددها . فثمـــــة عقود إدارية لا يجوز لجهة الإدارة أن تبرمها إلا بعد موافقـــة البرلمـــان . وثمة عقود أخرى تتطلب موافقة جهة إدارية أخرى[١] .

ويأتى عقد الالتزام فى مقدمة هذه العقود نظراً لأهميته وخطورته . ولذلك فقد حرص المشرع الدستورى دائما علــــى النــص فـــى الدســاتير المصرية المتعاقبة على كيفية منح الالتزام ، ولـــم يـــترك ذلـــك للمشـــرع العادى[٢] . وذلك على الوجه الثانى :

١- منح الالتزام فى دستور سنة ١٩٢٣ :

نصت المادة ٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ علـــى أن « كـــل الـــتزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية فى البلاد أو مصلحـــة من مصالح الجمهور الهامة ، وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون » .

واستقر الرأى فى تفسير هذا النص على أن المقصود « بقـــانون » هو ضرورة إصدار قانون خاص بكل التزام على حدة[٣] . وهو الأمر الذى

---

(١) جابر جاد نصار : الوجيز فى العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ٥٢ .

(٢) سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية –ص ١٣٠ .

(٣) سليمان الطماوى : الأسس العامة – المرجع السابق – ص ١٠١ ؛ سعاد الشرقاوى – العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ١٣١ .

انحازت إليه محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٢٤ يونيـــه ١٩٥٦ حيث تقول « .. وانتهى البرلمان بمجلسيه إلى إقرار الرأى القائل بوجـــوب اصدار قانون خاص فى كل حالة يراد فيها منح التزام بمرفق عام»[١] .

وعلى الرغم من سقوط دستور سنة ١٩٢٣ بعد قيام ثورة ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ ، فإن العمل استمر على تطبيق القواعـد التـى نـص عليـها الدستور الملغى . وعندما عرض الأمر على الجمعية العمومية لقسم الـرأى بمجلس الدولة فى ١٩٥٤/١١/٢٨ . ذهب إلى أنه « .. ولـو أن الدسـتور المؤقت الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ قد خلا من النصوص المنظمـة لكيفية منح الالتزام باستعمال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة فإنــه باستقراء أحكام الدساتير المقارنة .. يبين أن هناك عرفا دستوريا مســتقرا يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية فى خصـوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة الطبيعية . غـير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل تقتصر علـى المرافـق القوميـة الرئيسـية والموارد الطبيعية العامة[٢] .

٢- منح الالتزام فى دستور ١٩٥٦ :

ميز دستور ١٦ يناير سنة ١٩٥٦ بين الالتزامـات التـى تتعلـق باستغلال الثروات الطبيعية والمرافق العامة وبين الالتزامات التى تتضمـن احتكارا . فنص فى المادة ٩٨ منه علـى أن « ينظـم القـانون القواعـد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باسـتغلال مـوارد الـثروة الطبيعية والمرافق العامة ... » .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٦- السنة العاشرة -ص ٣٦٥ .
(٢) فتوى رقم ٩٤٤ ، مجموعة ابو شادى ، ص ٤٦ .

وعلى ذلك فإن هذا الدستور لم يتطلب أن يصدر الالتزام باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقانون كما كان الأمر في ظل دستور سنة ١٩٢٣ . وإنما تطلب أن ينظم القانون ذلك . ولذلك يمكن أن يصدر هذا الالتزام بقرار إدارى .

أما بالنسبة للالتزامات التى تتضمن احتكارا فإنه اشترط أن تصدر بقانون . وهو ما نصت عليه المادة ٩٩ :« لا يجوز احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود » . وفى ذلك فإن دستور ١٩٥٦ استبقى فى هذا الخصوص التنظيم الدستورى فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ .

٣- منح الالتزام فى دستور سنة ١٩٥٨ المؤقت :

نصت المادة ٣٠ من هذا الدستور على أنه « لا يجوز منح احتكار إلا بقانون ولزمن محدود » وفى هذا الإطار فإنه لم يخرج عن الحكم الذى سبق وقرره دستور ١٩٥٦ . أما بالنسبة للالتزامات التى تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية أو بالمرافق العامة فقد صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ والذى نص فى مادته الأولى على أن « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز ومدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة ». وبمقتضى التعديل الذى نص عليه القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠ أصبحت موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات » .

فإن تجاوزت هذه المدة فإن الأصل الذى نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ هو الذى يطبق .

٤- منح الالتزام فى دستور سنة ١٩٦٤ :

لم يفرق هذا الدستور بين الالتزامات التى تتضمن احتكارا وغيرها من الالتزامات التى تتعلق بالثروات الطبيعية أو المرافق العامة . ونص فى المادة ٧٤ منه على أنه « ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ... ».

وعلى ذلك فإنه فى ظل هذا الدستور مازال ساريا ما قرره القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ من أحكام تتعلق بأن يكون منح الالتزام أيا كان نوعه بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة . أما فيما يتعلق بموارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية فيكون منح الالتزام بشأنها بقرار من وزير الدفاع لمدة لا تجاوز خمس سنوات .

٥- منح الالتزام فى دستور سنة ١٩٧١ :

لم يتغير الأمر عما كان فى ظل دستور ١٩٦٤ . فقد جاء نص المادة ٢٢ من دستور ١٩٧١ مطابقا تماما لنص المادة ٧٤ من دستور ١٩٦٤ ، ولذلك فإن القواعد التى نص عليها القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ والقانون ١٥٢ لسنة ١٩٦٠ هى التى تحدد منح الالتزام .

على أن التطورات الحديثة التى واكبت اتجاه الدولة نحو الخصخصة وتفعيل دور القطاع الخاص وإشراكه فى إنشاء وتشغيل المرافق العامة التى كان يجب على الدولة الاضطلاع بها قد اقتضت تطوير القواعد التى تحدد سلطة منح الالتزام لكى تتسم بقدر أكبر من المرونة . ومن ذلك القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول . إذ نصت المادة الخامسة منه على أن « يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه – أو تعديلها – وحصة الحكومة فى حدود القواعد والإحراءات السابقة ، قرار من مجلس الوزراء

بناء على اقتراح الوزير المختص ، ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون أذن من مجلس الوزراء » .

وهو الأمر الذى نص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ والمعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر - والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن المرافق الطرق العامة .

وعلى ذلك فإن هذه التعديلات قد تبسطت إلى أقصى حد فى تحديد السلطة التى تمنح الالتزام ، فبعد أن كان الأمر يقتضى صدور قرار من رئيس الجمهورية وموافقة مجلس الشعب فإن هذه التعديلات اقتصرت على قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص . وعلى الرغم من أن هذه القوانين تنظم استثناءات من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فإن هذه الاستثناءات أوشكت أن تكون القاعدة العامة فى منح الالتزام .

المطلب الثانى

تحديد المشروع وطرح العطاء

يمثل تحديد المشروع فى عقود البنـاء والتشـغيل ونقـل الملكيـة B.O.T أهمية كبيرة نظرا لما يترتب على هذا التحديد من مزايا تسـتطيع جهة الإدارة تحقيقها . ويؤدى إلى إقبال المستثمرين على المشروع . ونظرا لأن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو فى حقيقته نظام للتمويـل غايتـه إنشاء مرفق عام وتشغيله ثم نقل ملكيته إلى الجهة الإدارية . ولذلـك فـإن اختيار هذا الأسلوب يقتضى المقارنـة بيـن البدائـل والـترجيح بينـها . ولن يتأتى لجهة الإدارة ذلك إلا إذا أجرت دراسات جدوى للمشروع فضـلا عن تحديد مواصفاته بكل دقة .

وبعد عملية التحديد تأتى عملية طرح العطاء علـى المتنافسـين . ولذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول فى الأول منهما : تحديد المشروع ، وفى الثانى : طرح العطاء على المتنافسين .

الفرع الأول

اختيار المشروع

يتضمن اختيار المشروع تحديـــده ، وبيـــان مواصفاتـــه الفنيـــة . ولا شك فى أن هذه المرحلة تعتـــبر مـــن أهـــم المراحـــل التـــى تؤثـــر فى نجاح المشـــروع مـــن عدمـــه . وعلـــى الجهـــة الإداريـــة أن تقـــوم بدراسات الجدوى التى تكفل لـــها تحديـــد مواصفـــات المشـــروع الفنيـــة ومقـــدرة هـــذا المشـــروع علـــى جـــذب المســـتثمر وإقناعـــه بمـــردوده الاقتصادى[١] .

ويجب أن تشمل هذه الدراسة الجوانـــب الاقتصاديـــة والسياســـية والاجتماعية للمشروع والإضافة التى يمكن أن يضيفها إلى ســـوق العمـــل والحد من البطالة . وهل يكون التمويل داخليا أم خارجيا . وأثر ذلك علـــى الاقتصاد القومى . وكذلك المواصفات الفنية التى يجب أن تلتزم بها شـــركة المشروع عند إنشاء المرفق حتى يمكن نقل ملكيته إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة وقابلة للتشغيل .

وإذا كان الأصل أن تقوم الدولة بهذه الدراسات الأولية التى تحـــدد لها جدوى المشروع وإطاره الاقتصادي والقانونى . فليس هناك ما يمنع من أن يعرض الملتزم الذى ينفذ المشروع فكرته والدراسات المتعلقة بها إلـــى

---

(١) هانى سرى الدين : التنظيم القانونى والتعاقدى لمشـــروعات البنيـــة الأساســـية – المرجع السابق – ص ٧٨ .

الجهة الإدارية[١] ، فإن اقتنعت بها فإنها تعد وثائق العطاء توطئة لطرحه على المتنافسين .

الفرع الثانى
طرح العطاء واختيار المتعاقد مع الإدارة

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T تعتبر عقودا إدارية ؛ ذلك أنها عقود التزام مرافق عامة ، وهى عقود إدارية بطبيعتها ، ومن ثم فإن الأصل أن تطبق فى إبرام هذه العقود قواعد إبرام العقود الإدارية ؛ أى قواعد المناقصات والمزايدات .

على أن القوانين التى صدرت بتعديل القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ لم تنص صراحة على تطبيق قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على إبرام عقود البوت . وإنما نص القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول فى المادة الأولى على أنه « مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوى داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات ، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين فى الداخل والخارج لإنشاء وإعداد وتشغيل

---

(١) خالد بن محمد عبدالله العطية : النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية – المرجع السابق – ص ٧٦ .

وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول أو أجزاء منـــها ... وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :-

أ – أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية :

وهو الأمر الذى استلزمه نص المادة ٢ من القانون رقم ١٠٠ لسـنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كـــهرباء مصر .

وعلى ذلك فإن كل ما تطلبه القانون فى اختيار شركة المشروع فـى عقود البوت أن تتم فى إطار من المنافسة والعلانية . فلا تلتزم جهة الإدارة بإبرام هذه العقود عن طريق المناقصات العامة أو أى من الأساليب الأخرى التى نص عليها قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ . فيمكـــن لـــها أن تختار شركة المشروع وفقا لقواعد تحددها خارج نطاق هذا القانون على أنه يجب أن تخضع هذه القواعد لمبدأى المنافسة والعلانية .

على أن هذا لا يمنع بطبيعة الحال أن تبرم الجهة الإدارية مثل هـذا العقد عن طريق قانون المناقصات العامة إن رأت أن ذلك يحقق مصلحتها.

ويترتب على ذلك : أن الجهة الإدارية لا يجوز لها أن تبرم عقـــود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن طريق أساليب لا تكفل تحقيـــق المنافســـة والعلانية مثل الاتفاق المباشر مثلا .

على أن يجدر التساؤل : هل تطبق القواعد والنصوص الواردة فـــى قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أم أن هذه العقود تبرم وفقا لقواعـــد مختلفة وكل ما يتطلب فيها توافر مبدأ المنافسة والعلانية . فى الحقيقـــة إن الواقع العملى لا يسير على وتيرة واحدة . ومرد الأمر فى النهاية إلى إرادة

الجهة الإدارية مانحة الالتزام فقد ترى تطبيق قانون المناقصات ، وقد ترى تطبيق قواعد أخرى . على أنها يجب أن تلتزم بأن تكون هذه القواعد والإجراءات فى إطار من المنافسة والعلانية . وعلى الرغم من ذلك فإن نصوص قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تمثل الأساس الذى يسد النقص فى هذه الإجراءات .

وطرح العطاء يتطلب أولا : تحديد وثائق المناقصة وكراسة الشروط التى تتضمن المواصفات الفنية والشروط اللازمة لإبرام هذا العقد . ثم بعد ذلك تبدأ إجراءات تلقى العطاءات واختيار المتعاقد مع الإدارة .

وسوف نناقش هذه المسائل تباعا كما يلى :

أولا : تحديد وثائق المناقصة :

تتعلق عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فى أغلب الأحيان بمناقصات دولية . إذ أن ضخامة المشروع وتطلبه قدرا كبيرا من التكنولوجيا المتقدمة كإنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو المياه يستلزم استثمارات ضخمة ومتخصصة على أن ذلك لا يمنع – بطبيعة الحال – أن تكون المناقصة داخلية .

ويجب على جهة الإدارة أن تضمن كراسة الشروط المواصفات التى تكفل لها الحصول على تكنولوجيا متقدمة ومواصفات تضمن نقل ملكية المشروع مرة أخرى إليها وهو بحالة جيدة . كما تتضمن بيان مستندات الطرح والشروط والتسهيلات التى يتضمنها المشروع .

وفى هذا الإطار سوف نعرض نموذجا لشروط ومواصفات عقد B.O.T يتضمن مشاركة القطاع الخاص فى بناء محطات توليد الكهرباء . وذلك وفقا للخطوات الآتية :[١]

١- تضمنت مستندات الطرح الشروط والتسهيلات الآتية :

- الحصول على تكنولوجيات متقدمة سبق استخدامها بنجاح .
- تحديد مدة التزام تؤكد استمرارية تشغيل المحطة بنجاح لفترة لا تقل عن عشرين عاما قابلة للتجديد وبحيث يتم نقل المحطة فى آخر المدة بحالة فنية ذات نسبة صلاحية محددة وفى حالة انخفاض نسبة الصلاحية عن النسبة المتفق عليها توقع غرامة يكون قد تم تحديدها فى اتفاقية الطاقة .
- تلبية الاحتياجات من الطاقة الكهربية على أساس حد أدنى لمعامل إتاحة الكهرباء . ويتم المحاسبة على القدرة والطاقة على أساس اختبارات دورية نصف سنوية لكل من القدرة ومعدل استهلاك الوقود وفى حالة عدم الالتزام توقع غرامة يكون قد تم تحديدها فى اتفاقيات شراء الطاقة .
- الالتزام بالحدود الفنية التى تضمن المتطلبات الأساسية للهيئة والتى تشجع على التكنولوجيا الجديدة والاستثمار .

---

(١) وردت هذه الخطوات فى : معتز كامل مرسى (إعداد) : تقرير بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T . تقرير مقدم إلى الندوة العلمية الأولى ، إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام B.O.T ، فى الفترة من ٢٩-٣١ يناير ٢٠٠١ - مركز التنمية المحلية - أكاديمية السادات للعلوم الإدارية - ص ٤ .

- عــدم اشتــراط جهة التمويل أو نسبة التمويل المحلى ، حتى يترك للمستثمر البحث عن مصادر تمويل للمشروع بالشروط التى تحقــق له أقل سعر لبيع الكهرباء يتقدم به فى مواجهة المنافسين له.

- عدم وضع نسبة محددة للتصنيع المحلى حيث تم وضع المواصفات الفنية لنظام التوليد البخارى والذى يعطى الفرص للمستثمرين للجوء للتصنيع المحلى .

- تتم المحاسبة على سعر شراء الطاقة بالعملة الأجنبية حتى لا يقرر المستثمر أية زيادة عشوائية فى سعر الكهرباء الذى يتــم الاتفــاق عليه مقدما ؛ تحسبا لاحتمال حدوث انخفاض فـــى قيمـــة العملـــة المحلية خلال مدة الالتزام التى تبلغ عشرين عاما علما بأن ســـعر الشراء يتضمن ٤٠ % مكون اســـتهلاك الوقــود وتدفــع بالعملـــة الأجنبية لقطاع البترول والباقى لسداد قيمة المهمات التى يســـتورد معظمها من الخارج »[١] .

وتعتبر وثائق المناقصة وشروطها والمواصفات الفنية التى تتضمنها كراسة الشروط أساس التعاقد بين الجهة الإدارية ومقدم العطاء ، حتى لو لم ينص على ذلك فى مضمون العقد الذى تم إبرامه بين جهة الإدارة والمتعاقد معها . ولا يقدح فى هذا النظر أن الإعلان عن المناقصة وطـــرح كراســـة الشروط للمخاطبين بهذا الإعلان لا يمثل سوى دعوة للتعاقد . ولا يتضمـــن إيجابا من قبل الإدارة . فالإيجاب يتقدم به مقدم العطـــاء . علـــى أن هـــذا

---

(١) معتز كامل مرسى (إعداد) : تقرير بخصوص تجربة الكهرباء .. المرجع الســابق ص ٥ .

الإيجاب لا تتحدد معالمه وشروطه إلا بناء على الشروط والأحكـــام التـــى قررتها الإدارة ، فى كراسة الشروط[١] .

وترتيبا على ذلك ، قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكم لـــها أن « الأصل أن من يوجه الإيجاب فى العقد الإدارى ، إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتى تستقل الإدارة بوضعـــها دون أن يكـــون للطرف الآخر حق الاشتراك فى ذلك ، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبـــل هذه الشروط أو يرفضها فإذا أراد الخروج فى عطائه على هذه الشـــروط ، فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء[٢] .

وعلى ذلك فإن الشروط والمواصفات الواردة بكراسة الشروط هـــى أساس التعاقد بين جهة الإدارة وأحد العطاءات المقدمة . على أنـــه يجـــدر التساؤل عن الحل عند تعارض الأحكام المنصوص عليـــها فـــى كراســـة الشروط عن تلك التى وردت فى قانون المناقصات والمزايـــدات ولائحتـــه التنفيذية ؟ .

والأمر لا يخلو من أحد فرضين :

الفرض الأول :أن ينص العقـــد صراحـــة علـــى الإحالـــة إلـــى نصوص قانون المناقصات ولائحته التنفيذية . وهنا تكون هـــذه الشـــروط أساس التعاقد . فعلى أساسها ، وفى ضوء أحكامها تقدم المتعاقد مـــع الإدارة بالعطاء .

---

(١) De laubadere : trailé de contrats adm ; op. cit. p. 611 .

(٢) المحكمة الإدارية : طعن رقم ٢٣٣ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ .

الفرض الثانى : خلو العقد من الإحالة علـــى نصــوص قــانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، فهنا لا تعتبر هـــذه النصـــوص جزءا من العقد إلا بالقدر الذى لا تتخالف فيه مع نصوص العقد ومـــا ورد بكراسة الشروط فإذا خالفتها وجب تغليب نصوص العقـــد ومـــا ورد فـــى كراسة الشروط .

وقد ذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن لائحة المناقصات والمزايدات لا تعتبر جزءا من العقد مالم يتضمن العقـــد أحكامها أو الإحالة إليها باعتبارها جزءا مكملا له وأنه إذا تضمـــن العقـــد مخالفة صريحة لأحكام اللائحة تكون العبرة بأحكام العقد نفسه[١].

ثانيا : الإعلان عن المناقصة :

يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراء أساسيا وجوهريا بالنسبة لنظـــام المناقصات العامة . ومن مقتضاه توجيه الدعـــوة إلـــى كافـــة المقـــاولين والمتعهدين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التى يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة[٢] .

---

(١) الطعن رقم ٩٤ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١١ المجموعة فى ١٥ ســنة المبـدأ ١١٨ ص ٢٠٦ وحكمها فى الطعن رقـم ٨٥٨ لســنة ١٠ ق جلســة ١٩٦٨/١/٦ وحكمها فى الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ الموسوعة الإداريــة جـ ١٨ ص ٦٩٣ .

(٢) Quancard (M) : , l'adjudication des marchés publics de travaux et de Fournitures, 1945 , p 74 et s.
le clere (J) : les Marchés de Fournitures et de travaux publics , 1949 , pp 68 - 69 .

وعلى ذلك فإن الإعلان عن المناقصة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد ، ومن ثم فإنه لا يمثل إيجابا تتقدم بـــه الإدارة إلـــى المتعـــاقد معها[١]. وعلى ذلك استقر القضاء الإدارى المصرى حيث ذهبت المحكمـــة الإدارية العليا إلى أن إعلان الإدارة عن إجـــراء مناقصـــة أو مزايـــدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بالعطاء وفقا للمواصفـــات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنـــده قبـــول الإدارة لينعقد العقد[٢] .

ومبدأ علانية المناقصة العامة يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافســـة ومبـــدأ المساواة الواجب توافرها فى إجراءات المناقصة العامة . إذ أنه يبين الإجـــراءات والشروط التى يمكن للمتقدمين للتعاقد مع الإدارة التنافس على أساسها .

وإذا كانت المناقصة – كأسلوب لإبرام العقد الإدارى – تستهدف أن تتعاقد الإدارة مع أفضل العروض شروطا وسعرا . فلا شـــك أن الإعـــلان عن إجراءات المناقصة سوف يعمل على تحقيق هذا الهدف الـــذى تســـعى الإدارة لتحقيقه من جراء الأخذ بأسلوب المناقصة لإبرام العقد الإدارى[٣] .

---

(١) De laubedere : Traité de contrats adm ., op. cit. p. 594

(٢) المحكمة الإدارية العليا جلسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧ طعن رقم ٣٣٣ س ١٠ المجموعـــة رقم ١٣ ، ص ١٦٦ وإلى ذلك تذهب محكمة النقض ، ففى حكم لـــها قضـــت أن طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد مادة على أساس الشروط الواردة فى قائمـــة الاشتراطات لا يعتبر قانونا إيجابا منها ، وإنما هو مجرد دعوة إلى التعـــاقد أمـــا الإيجاب فهو يصدر ممن يتقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه » .

نقض مدنى : فى ١٩٦٦/٣/٢٨- مجموعة أحكام النقض ، س١٧ رقم٩٩ ص٧٣٠.

(٣) Bonnard (R) : La passation des Marchés publics. Revué de droit public et de la scirnce politique, n 59, p. 159 .

ونظرا لأهمية الإعلان عن المناقصة ، فإن القوانين التى تنظمها دائما تحرص على النص عليه صراحة . فلقد نص عليه المشرع الفرنسى فى قانون العقود الإدارية وتطلب ضرورة توافره سواء فى عقود الدولة (المادة ٨٤) أو بالنسبة للعقود التى تبرمها المحليات[١] .

ومبدأ الإعلان نصت عليه المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فى مصر بقولها « تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة » .

وهو الأمر الذى حرصت على النص عليه جميع التعديلات التى أصدرها المشرع المصرى للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . والتى تتعلق بإبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T إذ استلزمت أن تتم إجراءات إبرام هذه العقود فى إطار من المنافسة والعلانية .

ثالثا : تقديم العطاء :

يسبق تقديم العطاء ضرورة إثبات المتعاقد أهليته وقدرته على تنفيذ المشروع . ثم بعد ذلك إعداد هذا العطاء .

---

(١) Art : 84: les marches par adjudication Comportent pbligatoire-ment, la publicité de l'ouverture des soumission et d l'ouverture des sonmission et d l' attribution provisiore du marché .
Art 280; les marchés par adjudication Comportent obligatoirement l-la publicite de l' ouvertue de somission et de l'attribution .

١- أهلية المتعاقد :

واثبات أهلية المتعاقد تتم فى صورتين : تتمثل **الصورة الأولى** فـــى أن يقدم كل من يريد التعاقد مع جهة الإدارة سابقة خبرته والمستندات الدالة عليها مع العطاء الذى يتقدم به .

أما الصورة الثانية فتتمثل فى : الدعوة إلى سبق التأهيل ، وتعنـــى دعوة المتقدمين إلى المناقصة إلى تقديم مستندات سابقة الخـــبرة أو ســـابقة الأعمال[١] . فالإدارة عند إعلانها عن المشروع ومواصفاته تطلـــب مـــن المتخصصين فى هذا المجال تقديم المستندات التى تدل على سابقة خبرتـــهم فى هذا المجال حتى تستطيع أن تقصـــر الدخـــول فـــى المناقصـــة علـــى المشروعات التى تستطيع بحكم قدرتها وملاءمتها المالية القيام بتنفيذ هـــذه المشروعات . وفى كثير من الأحيان فإن المشروع يخرج عن نطاق قـــدرة شركة واحدة . وفى الغالب يتجمع أكثر من شركة فى اتحاد مـــالى يســـمى كونسورتيوم Consortium لتقديم عطاء مشترك[٢] .

وفى رأى البعض أن الدعوة إلى سبق التأهيل تعد ذات فائدة كبـــيرة سواء بالنسبة لرب العمل أو بالنسبة للمقاول . فبالنسبة لرب العمل فـــإجراء سبق التأهيل يساعد رب العمل فى تقييم مؤهلات المتقدمين للعطاء بســـرعة على أساس تنافس سواء من حيث مواردهم ومســـتوى العمالـــة والخـــبرة الضرورية للقيام بهذا النوع من الأعمال .

---

(١) محمد محمد بدران : عقد الإنشاءات فى القانون المصرى : ٢٠٠١ – دار النهضة العربية – ص ١١٨ .

(٢) خالد بن محمد عبدالله العطية : النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية – المرجع السابق – ص ٨٢ .

أما بالنسبة للمقاولين فإن التكلفة التى يتحملونها فى الإجابة عن قائمة استفسارات سبق التأهيل أقل من التكلفة التى يتحملونها فى مناقصة تنافسية . كما أنها تمكن المقاول من تقديم عطاءات هو أكثر استعدادا بشأنها لسبق خبرته فيها[١] .

والدعوة إلى سبق التأهيل هى الصورة الأكثر تطبيقا فى عقود البوت . وهو ما حدث فى مصر عند التعاقد على إنشاء محطات توليد الكهرباء[٢] .

٢- إعداد العطاء :

بعد الإعلان عن المشروع – على الوجه السابق – فإن الشركات التى قبلت بعد تأهيلها عليها أن تقرر العطاء لكى تتقدم إلى الجهة الإدارية.

وكقاعدة عامة ، فإن إعداد العطاء ، إنما يكون وفقا للشروط والقيود والمواصفات الفنية التى أعلنتها الإدارة . ويجب على مقدم العطاء أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التى حددتها جهة الإدارة الداعية إلى التعاقد .

ويجب أن يتضمن العطاء تحديد مصادر تمويل المشروع عن طريق خطة تمويلية تحدد مصادر هذا التمويل والضمانات التى تكفل تنفيذها . كما يجب أن تتضمن الرسومات الخاصة بالمشروع . وخطة التنفيذ ،

---

(١) محمد محمد بدران : المرجع السابق : ص ١١٨ .

(٢) معتز كامل مرسى : تقرير بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T – المرجع السابق – ص ٦ .

ووقته . وعلى سبيل المثال ؛ فإنه عند إبرام عقد إنشاء محطة كهرباء سيدى كرير تم تقديم العطاءات فى مظروف واحد يتضمن :

*** خطة إدارة المشروع وتتضمن[١] :**

- الهيكل التنظيمى للمشروع وسابقة خبرة فريق العمل الرئيسى فـــى نشاط من أنشطة الهيكل التنظيمى .
- الجدول الزمنى لتنفيذ جميع مراحل المشروع (ابتداء من الإعـــداد للمشروع – التمويل – إعداد التصميمات والتعاقد – إنشاء المشروع – تاريخ التشغيل التجارى) بالإضافة إلى الجدول الزمنى للعمـــرات خلال فترة الالتزام وقبل التسليم النهائى للمحطة إلى هيئة كـــهرباء مصر .
- خطة مراقبة تطبيق المعايير البيئية .

*** المكون الفنى للعرض ويتضمن :**

وصفا تفصيليا للمكونات الرئيسية للمحطة والذى يوضح أنه ســـيتم استخدام تكنولوجيا عالمية فى إنشائها Proven Technology ، بالإضافــة إلى الرسومات التخطيطية والهندسية للمشروع ، وقوائم البيانـــات الفنيـــة ، وخطة التشغيل والصيانة ، وتسجيل وحفظ المعلومات وخطـــة المخـــزون وقطع الغيار ... الخ .

---

(١) وردت هذه البنود كجزء من العقد فى : معتز كامل مرسى : المرجـــع الســـابق – ص ٧ .

*** المكون السعرى للعرض ويتضمن :**

أسعار بيع القدرة والطاقة بالإضافة إلى معدل الإتاحة للمحطة ، والقدرة المعول عليها للمحطة ، ومعدل استهلاك الوقود السنوى عند معدلات التحميل المختلفة للمحطة .

*** المكون التجارى للعرض ويتضمن :**

الشكل القانونى للاتحاد المتقدم بالعرض ، وخطة التمويل ، والترتيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المشروع ، ونسبة المكون المحلى للمعدات والخدمات الرئيسية بالمحطة .

*** خطة وأسلوب نقل المحطة إلى هيئة كهرباء مصر :**

*** التعديلات المقترحة على كل من الاتفاقات وكراسة الشروط :**

*** سابقة خبرة أعضاء الاتحاد**

*** المعلومات المساعدة وتتضمن :**

التكلفة الرأسمالية للمشروع موزعة على مكونات المحطة ، وقوائم الدخل والتدفقات النقدية مع إيضاح الفرضيات التى استخدمت ، بالإضافة إلى المصاريف السنوية للمشروع .

وتضمن خطاب الدعوة أنه سيتم فتح المظاريف فى جلسة علنية يعلن فيها عن أسعار بيع كل من القدرة والطاقة وذلك فى حالة نقل المشروع للهيئة بعد ٢٠ سنة أو بعد ٢٥ سنة .

يتم تقييم العروض على أساس معايير التقييم الموضحة بكراسة الشروط والمواصفات ، والتى تنقسم إلى العوامل السعرية ويخصص لها ٨٠% والعوامل الفنية والتمويلية والقانونية ويخصص لها ٢٠% .

وعلى ذلك يتضح أنه ليس ضروريا تطبيق قواعد المناقصات العامة التى نص عليها قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ . وإنما كل ما تطلبه القانون هو أن يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة (شركة المشروع) فى إطار من العلانية و المنافسة .

رابعا : تقييم العروض واختيار المتعاقد :

يتم تقييم العروض المتقدمة أساسا وفقا للقواعد ، ومعايير التقييم التى أعلنت عنها جهة الإدارة فى كراسة الشروط . وقد يرتبط العطاء بتحفظات أراد صاحبه أن يضيفها إلى شروط العطاء الذى حددته جهة الإدارة فى وثائق المناقصة ، فإذا كان الأصل العام أن مقدم العطاء يتقدم بعطائه إلى جهة الإدارة أخذا فى اعتباره الشروط والمواصفات التى تضعها الإدارة تحديدا لموضوع المناقصة ، فإنه استثناء من هذا الأصل كانت المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الملغى تنص فى فقرتها الثالثة على : « .. وإذا رغب فى اشتراطات خاصة أو إجراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لعطائه على أن يشير إلى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك من وسائل المراسلة » كما نصت المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية للقانون الجديد على أنه « إذا رغب فى وضع أية ملاحظات خاصة بالنواحى الفنية فيثبتها فى كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى » .

والمقصود بالتحفظات هى تلك الاشتراطات الخاصة التى يلحقها مقدم العطاء بعطائه ، ويقصد من ورائها التحفظ على أحد شروط المناقصة المعلنة أو حتى الخروج عليه[١] . وفى تحديد معنى التحفظات ذكرت محكمة القضاء الإدارى بأنها « كل شرط يضعه مقدم العطاء فى عطائه ويكون مختلفا عن الشروط التى تضعها جهة الإدارة أو يكون غير وارد فيها ويعتبر تعديلا من المناقص لشروط العطاء أو بعبارة أدق يعتبر تحفظا منه مقترنا بعطائه »[٢] .

وذهبت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢[٣] إلى أن الأصل أن من يوجه الإيجاب فى العقد الإدارى إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتى تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك فى ذلك . وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا رأى الخروج فى عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء إلا أن يكون الخروج مقصورا على بعض التحفظات التى لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة .

---

(١) De laubadére (André) : Traite de droit adminisratif, 15' éd ., T.I . droit administratif général , L.G.D.I . paris ,1999 , p. 813 .

(٢) محكمة القضاء الإدارى – دعوى رقم ١٧٥٣ جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨ س ١٠ ق المجموعة س ١١ ص ٤٠١ .

(٣) سابق الإشارة إليه .

٢- أنواع التحفظات :

التحفظات قد تكون تحفظات مالية وقد تكون غير مالية :

يقصد بالتحفظات المالية تلك التى تتعلق بطريقة الأداء المالى فـــى العقد الذى سوف يبرم بين مقدم العطاء وبين جهة الإدارة فى حالـــة قبـــول عطائه ؛ كاشتراط طريقة محددة للدفع ، أو ضرورة المحاسبة على أســـاس الزيادة التى قد تطرأ على المواد الخام مثلا .. أو التحفظ بضرورة الأخـــذ فى الاعتبار الأعباء الضريبية التى قد تستجد بعد قبول العطاء . أو تحديـــد طريقة معينة لصرف دفعات مقدمة تحت الحساب وغير ذلك .

أما التحفظات غير المالية فإنها تتعلـــق غالبـــا بظـــروف العمـــل مثل اشتراط بدء سريان العقد مع تسليم الموقع كما فى عقـــود الإنشـــاءات والتشييد أو التحفظ بزيادة مدة العملية بقـــدر مـــدة التـــأخير فـــى صـــرف المستحقات أو تحفظات فنية تتعلق بالمواصفات الفنية أو شـــروط الصيانـــة أو غير ذلك .

والجمعية العمومية للفتوى والتشريع تقر وجود هذين النوعين مـــن التحفظات ففى فتواها بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤[١] ذهبت إلـــى أن « تحفـــظ جميع المتناقصين بعطاءاتهم على أساس المحاسبة على أى زيـــادة تحـــدث فى أسعار مواد البنـــاء خـــلال تنفيـــذ العمليـــة - رســـو العمليـــة علـــى أرخص العطاءات - وخلو لجنة البت مـــن أى تعليـــق أو رفـــض لـــهذا التحفظ .. يكون قد تم قبول الإيجاب المقدم منه بالوضع الذى تقدم ويكـــون

---

(١) فتوى رقم ٤٧ بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤ ملف رقم ١٤/٢/٧٨ جلسة ١٩٨٣/١١/١٦ مجموعة المبادئ القانونية التى تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقســـمى الفتـــوى والتشريع س ٣٧ ، ٣٨ - ١٩٩٥ ص ٣٧٣ .

التعاقد قد تم فعلا على أساس الشروط التى تقدم بها بما فى ذلك التحفظ الذى قدمه .. » .

أما عن التحفظات غير المالية فقد قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلسة ١٦ مايو ١٩٩٣ أن « .. الأصل المقرر فى تنفيذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى فى تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة فى تنفيذ التزاماتها المقابلة – هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد خاصة إذا ما قدر أن عدم تنفيذ الجهة الإدارية لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذها فى الميعاد المحدد[1] .

ويتم اختيار المتعاقد فى كل حالة على حدة . فليس هناك قواعد موحدة. وإنما تستطيع اللجنة أن تضع القواعد التى تستند إليها فى اختيار المتعاقد فى كل حالة على حدة . ولكن يشترط فى هذه القواعد – بطبيعة الحال – أن تحقق العلانية والمساواة وحرية المنافسة بين المتقدمين .

وفى المثال الذى بين أيدينا – وهو عقد إنشاء محطة كهرباء سيدى كرير – حدث أن قامت اللجنة بتصنيف التحفظات المقدمة ضمانا لعدم حصول أى عطاء مخالف على ميزة مادية تعلو به على أقرانه ، وكذا الفترة اللازمة للدخول فى مفاوضات مع صاحب العطاء الأقل إذا كان مقترنا بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته بما يجعل العطاء متفقا مع

---

(١) فتوى رقم ٥٣٢ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٤ ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤ مجموعة المبادىء – جـ ٢ من أول مارس حتى آخر سبتمبر ١٩٩٣ مكتوبة على الآلة الكاتبة – المكتب الفنى لمجلس الدولة – ١٩٩٣ .

شروط المناقصة بقدر الإمكان . كما درست اللجان جميع الاحتمالات التـي يمكن أن تترتب على هذه التحفظات ومدى تأثيرها على مجـالات التقييـم المختلفة وكذلك على توزيع مخاطر المشروع وعلى مستقبل عملية التفاوض . وقد أعطت اللجان اهتماما كبيرا لأجزاء العروض المتعلقة بأسعار شـراء الطاقة حيث أن أى تخفيض طفيف فى مثل هذه المشاريع طويلـة الأجـل تؤدى إلى توفير ضخم سبق توضيحه مما يخفف من الأعباء المالية الملقـاه على كاهل الدولة[١] .

---

(١) معتز كامل مرسى : المرجع السابق – ص ٧ .

المبحث الثانى

آثار عقد البوت

عقد البوت كأى عقد يولد التزامات على أطرافه ، وهى التزامات متقابلة . على أن عقد البوت ليس كأى عقد ؛ وإنما عقد بالغ التعقيد . فما من شك أن هذا العقد يمثل فى حقيقته مجموعة مركبة من العقود المختلفة والمتناقضة فى كثير من الأحيان . وهو أمر - بطبيعة الحال - يؤدى إلى تشابك آثار هذا العقد وتعقدها . ولذلك سوف نناقش أهم هذه الالتزامات لنرى مدى اتفاقها أو خروجها على النظرية التقليدية فى آثار عقود الالتزام .

ونتناول فى هذا المبحث مطلبين : الأول نبحث فيه التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه . وفى الثانى نبحث التزامات جهة الإدارة وحقوقها .

وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الالتزامات التى نص عليها العقد وفقا لما اتفق عليه . وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة . ففى حكمها بتاريخ ١٩٩٥/٥/١٦ قضت المحكمة الإدارية العليا « ... ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تحدد طبقا لنصوص العقد ، ومن ثم فإن النص الذى يتحدد باتفاق المتعاقدين فى العقد الإدارى يقيد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه ، ومرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهما التى تلاقت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته . »[١] .

وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B .O.T وإن كان يرتد فى أصله إلى عقد التزام بين شركة المشروع والإدارة فإنه يتضمن مجموعة من العقود منها اتفاقيات تتعلق بالتمويل وعقود أشغال وغيرها كثير .

وتتمثل التزامات المتعاقد مع الإدارة (شركة المشروع) فى إنشاء المشروع وتشغيله ونقل ملكيته مرة أخرى إلى الدولة . وفى عقود أخرى تتصل بهذا النظام قد يقتصر الأمر على التشغيل والإدارة أو حتى التجديد والتشغيل والإدارة ونقل الملكية مرة أخرى إلى الدولة . ففى كل هذه العقود

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٩٥/٥/١٦ - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء ٤٩ - ص ١٥٣ .

تختلف فى مدى الالتزامات التى ترتبها . ولكن يبقى الأساس واحداً فى كل هذه الالتزامات .

والأصل فى العقود الإدارية – بصفة عامة – أن يلتزم المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ التزاماته معها بصفة شخصية . فهل يسرى هذا الالتزام فى عقود البوت B.O.T أم أن شركة المشروع تستطيع أن تتنازل عن العقد لشركة أخرى ؟ . وهل يجوز لها أن تتعاقد من الباطن لبناء المشروع أو تشغيله ؟ . وما الأثر القانونى الذى يترتب على انقضاء شركة المشروع لأى سبب من الأسباب ؟ .

فضلاً عن ذلك ؛ فإن شركة المشروع تلتزم بنقل ملكية المرفق إلى الدولة وما يترتب على ذلك من التزامات فرعية تتعلق بدقة التنفيذ واستمرار الصيانة حتى يظل المرفق بصورة جيدة إلى أن تنقل ملكيته إلى الدولة .

وكذلك تلتزم شركة المشروع بتطبيق المبادىء العامة التى تحكم سير المرافق العامة بانتظام واطراد . وهو الأمر الذى سوف نبحثه كما يلى :

الفرع الأول

مدى التزام شركة المشروع بتنفيذ الالتزام بنفسها

الأصل فى العقود الإدارية أن اختيار المتعاقد مع الإدارة يخضع لإجراءات محددة ومنظمة وذلك لارتباط العقد الإدارى بنشاط مرفق عام[١] . وعلى ذلك فإن اختيار المتعاقد مع الإدارة يبنى أساساً على الاعتبار الشخصى ومن ثم يجب أن يقوم المتعاقد شخصياً بتنفيذ الالتزامات التى تنتج عن العقد .

والتزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بنفسه التزام عام يشمل جميع العقود الإدارية . على أن ذلك قد يختلف فى مدى الالتزام به من عقد إلى آخر . ففى عقد الالتزام يكون تطبيق هذا الالتزام بصورة كاملة ، وذلك ناتج - بطبيعة الحال - عن الصلة المباشرة بين المرفق والملتزم والتى تضمن له الهيمنة الكاملة على المرفق .

وفى ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى إلى « أن العقد المبرم بين المدعى والحكومة هو من العقود الإدارية التى يحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها العقد ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية ... أى أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه ... »[٢] .

---

(١) De laubadére André : Jean - Claude Venezia et yues Gaudemet . traité de droit administratif . op. cit p. 821 .

(٢) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ س ١١ ص ١٧٤ .

وفى هذا السياق قررت المحكمة الإدارية العليا المبادىء ذاتها فـــى حكمها بتاريخ ١٩٦٣/١٢/٢٨ : « أنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن ... » [١] .

ويثور التساؤل ، هل تنطبق هذه القواعد على عقود البوت ؟ بمعنى هل تلتزم شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها بصفة شخصية أم يجوز لـــها أن تتعاقد مع شركة أخرى لتتولى القيام بتنفيذ التزاماتها ؟ .

نود فى البداية أن نبين أنه إذا احتوى العقد نصوصاً اتفاقية تعـــالج هذه المسألة فإنها تكون واجبة التطبيق . أما إذا خلا العقد من مثـــل هـــذه النصوص فإن هذه التساؤلات تصبح فى محلها تماماً .

من ناحيتنا : نؤكد أن شركة المشروع يجب أن تلتزم بتنفيذ الالتزام شخصياً ؛ ذلك أن اختيار المتعاقد فى عقد البوت يتم وفقاً لإجراءات خاصة ، فعلى سبيل المثال تنص المادة الأولى من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فـــى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول على أن « ... يتم إختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية » ولا شك أن الإجراءات الكثيرة والمعقدة التى تنتهى إلى اختيـــار المتعـــاقد (شركة المشروع) فى عقود البوت لابد أن تأخذ فى الاعتبـــار قـــدرة هـــذا المتعاقد على تنفيذ العقد وفقاً للشروط والقيود التى تضمنها العقد .

ويترتب على ضرورة التزام شركة المشروع بتنفيذ الالتزامات التى تنتج عن العقد بصفة شخصية عدة أحكام تتعلق بحكم التعاقد مـــن البـــاطن

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا - ١٩٦٣/١٢/٢٨ - المجموعة س ٩ ص ٣٢٤ .

والنزول عن العقد ، وإنقضاء الشركة لأى سبب كان . وهو ما سوف نتناوله بالتفصيل كما يلى :

أولا : التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن :

١- التنازل عن العقد :

التنازل عن العقد يعنى التصرف القانونى الذى يبرمه المتعاقد مع الغير ، ويكون من شأنه ، احلال ذلك الغير محله فى أداء التزاماته واكتسابه حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة[١] .

ولما كان التنازل عن العقد يمثل إهداراً لقاعدة الاعتبار الشخصى ، فإن الأصل فى تنفيذ العقود الإدارية ، أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد ولا يجوز له أن يحل غيره محله فى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها . ومرد ذلك أن اختيار الإدارة للمتعاقد معها يخضع لاعتبارات شخصية تتعلق بمدى مقدرته المالية أو كفاءته الفنية أو حسن سمعته . ولذلك فإن تنازله عن العقد لغيره يخل بهذه الاعتبارات . وهو ما قضت به محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧[٢] على أنه « ... لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره (فى تنفيذ التزاماته) أو يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التنازل عن العقد الإدارى بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلانا مطلقا يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه

---

(١) محمد سعيد حسين امين : المبادىء العامة فى تنفيذ العقود الإدارية – ١٩٩١ – دار الثقافة الجامعية – ص ٥٦ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى – بتاريخ ٢٧ يناير – ١٩٥٧ – سابق الإشارة إليه .

توقيع الجزاءات المنصوص عليها فى العقد أو إلغائه اعتباراً بـأن الخطـأ المذكور خطأ جسيم ... » .

وفى عقود البوت ، فإن اختيار شركة المشروع يتم فى إطار مـن المنافسة والعلانية . وتدخل كفاءته وقدراته المالية والفنية فى الاعتبار عند اختيار شركة المشروع . ثم إن مدة العقد فى عقود البوت تعتبر طويلة إذ قد تصل إلى تسع وتسعين سنة ، وهو أمر يضاعف مـن أهمية الاعتبار الشخصى فى العقد . والذى يستدعى أن تقـوم شـركة المشـروع بتنفيذ التزاماتها بنفسها دون أن يكون لها حق التنازل عن العقد أو التصرف فيـه على أى وجه يؤدى إلى أن تحل محلها شركة أخرى . على أن هذه القواعد لا تتصل بالنظام العام ، ومن ثم فقد ترى جهة الإدارة المتعـاقدة أن هـذا التنازل أو أى تصرف آخر يؤدى إلى إحلال شركة أخرى محل الأولى قـد يحقق مصلحتها . وعلى ذلك فإن مرد الأمر فى النهاية يكون رهنا بموافقـة الإدارة وقبولها الذى يجب أن يكون صريحاً .

٢- التعاقد من الباطن :

يعنى التعاقد من الباطن أن شركة المشروع المتعـاقدة مـع الإدارة تتفق مع الغير لتنفيذ جزء من التزاماتها الناتجة عن العقد ، والتعـاقد مـن الباطن أمر مألوف خاصة إذا كان موضوع العقد يشـمل أعمـالاً كثـيرة ومتعددة .

وموافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يتطلب شكلاً معيناً فقـد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً . على أن موافقة الإدارة على التعاقد مـن الباطن لا يعتبر معه المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الإدارة ، وإنمـا هـذه

الموافقة تجعل هذا التعاقد مشروعاً. ويبقى المتعاقد الأصلى هو المسئول أمام الإدارة عن تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه ، وما تنص عليه القوانين واللوائح المعمول بها .

على أنه لا يعد من قبيل التعاقد من الباطن ما يبرمه المتعاقد مع الإدارة من اتفاقيات أو صفقات للحصول على المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد .

ويترتب على مخالفة المتعاقد لأحكام التنازل عن العقد أو تعاقده من الباطن بغير موافقة الإدارة عدة نتائج أهمها كما يلى :

١- إن هذا التنازل أو التعاقد يعتبر خطأ جسيماً يبرر للإدارة فسخ العقد وتوقيع ما تراه من الجزاءات التى تتناسب مع ذلك .

٢- إن هذا التنازل أو التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة فى الحالة الأخيرة لا يمكن أن يحتج به فى مواجهة الإدارة ؛ فلا المتنازل إليه ولا المتعاقد من الباطن بينه وبين الإدارة أية علاقة يمكن الاحتجاج بها لإثبات حق أو الوفاء بالتزام . وفى هذه الحالة يبقى المتعاقد الأصلى مع الإدارة مسئولاً فى مواجهتها كما لو كان هذا التنازل أو التعاقد لم يكن .

على أن هذا لا يمنع المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن أن يطالب الإدارة بتعويض عما تكبده فى تنفيذ العقد بناء على نظرية الإثراء بلا سبب على الرغم من عدم وجود رابطة عقدية بينه وبين الإدارة .

٣- انقضاء شركة المشروع :

لا شك أن انقضاء شركة المشروع فى عقود البوت أمـــر تختلــف أحكامه عن العقود الأخرى ومرد هذا الاختلاف إلى أمرين :

الأول : أن هذه العقود تمتد مدة طويلة من الزمن قد تصل إلى تسع وتسعين سنة .

الثانى : أن انتهاء هذا العقد يستدعى أن تنقل شركة المشروع ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بحالة جيدة .

هذان الاعتباران يجعلان انقضاء شركة المشروع فى عقود البــوت مختلفة تماماً عن غيره من العقود الإدارية .

والأمر لا يخرج عن فرضين : يتمثل الأول فى تنظيم العقد لــــهذا الانقضاء والآثار التى يمكن أن تترتب عليه . وفى هذه الحالة يجب تطبيق القواعد التى نص عليها العقد .

أما الفرض الثانى : فهو خلو العقد من هذا التنظيم وهنـــا تتبــدى المشكلة واضحة جلية حيث إن القواعد العامة فى القانون التجارى والمتعلقة بانقضاء الشركات لا تسعف فى هذا المجال . وحددت المواد من ٥٢٦ إلى ٥٣٧ من القانون المدنى القواعد العامة فى انقضاء الشركات والآثار التــى تترتب عليها . وتنقضى الشركة لنوعين من الأسباب : أسباب عامة كانتهاء المدة المحددة لها أو انتهاء الغرض الذى أنشئت من أجله أو هـــلاك رأس

مالها ، أو تجمعه فى يد أحد الشركاء ، أو اتفاق الشـــركاء أو الاندمـــاج . وأسباب خاصة كالوفاة أو الانسحاب أو الإفلاس أو الإعسار أو الحجز[١] .

« وإذا كانت الأسباب السابقة تصدق على كافة أنـــواع الشـــركات فإن هناك بعض الأسباب الخاصة التى لا تنطبق إلا على بعـــض أنـــواع الشركات . فهناك أسباب خاصة تنطبق على شركات الأشـــخاص وحدهـــا لاعتمادها على الاعتبار الشخصى والثقة المتبادلة بين الشـــركاء كمـــا أن هناك سبباً خاصاً يتعلق بشركة المســـاهمة والمســـئولية المحـــدودة وهـــو النصاب القانونى الذى استلزم القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ »[٢] .

ويترتب على تحقق أى سبب من الأسباب السابقة دخول الشركة فى طور التصفية واقتسام ما بقى منها بين الشركاء أو الغير أصحاب الحقـــوق وتنص المادة ٥٣٣ من القانون المدنى على أن « تبقى شخصية الشـــركة بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية .

وتتبع عملية التصفية ، عملية القسمة وتجرى وفقا للمادة ٥٣٦ مـــن القانون المدنى وفقا للقواعد الآتية :

١- إذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود أو مالاً معينا ، فإنـــه يختص بما يعادل قيمة هذه الحصة كما هى مبينة فى العقد ، أو يعادل قيمـــة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم يبين قيمتها فى العقد .

---

(١) ناديه محمد معوض : الشركات التجارية – ٢٠٠١ – دار النهضة العربيـــة – ص ١٠٣ .

(٢) هانى سرى الدين : الشركات التجارية الخاصة فى القانون المصـــرى – الطبعـــة الأولى – ٢٠٠١ – دار النهضة العربية – ص ٩٨ .

٢- إذا كان الشريك قد اقتصر فيما قدمه من شىء على حق المنفعة فيه أو على مجرد الانتفاع به فإنه يسترد هذا الشىء قبل القسمة .

٣- إذا اقتصر الشريك على تقديم عمله فلا يشترك بداهة فى قسمة رأس المال وإن كان يسترد حريته فى تكريس نشاطه لأعمال أخرى غير أعمال الشركة[١] .

ويعد فائض التصفية أرباحاً متراكمة توزع على الشركاء وفقا للأسس التى نص عليها النظام الأساسى للشركة أو بنسبة حصة كل شريك فى رأس المال . وإذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعا بحسب النسب المتفق عليها فى توزيع الخسائر أو بنسبة حصة كل منهم فى رأس المال .

من الواضح أن هذه القواعد يصعب انطباقها على عقود البوت . ذلك أن شركة المشروع تلتزم بأن تعيد ملكية المشروع إلى جهة الإدارة فى حالة جيدة . ولذلك فإن انطباق القواعد العامة التى نص عليها القانون المدنى لانقضاء الشركات غير ممكن . ولذلك فإنه يجب أن يتدخل المشرع لتنظيم ذلك ، حفاظاً على حقوق الدولة .

---

(١) المرجع السابق : ص ١٣٠ .

الفرع الثانى

التزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع وفقا للمواصفات المتفق عليها وفى المدة المحددة

فى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فإن شركة المشروع هى التى تضطلع بإنشاء المشروع وتجهيزه حتى يصبح جاهزاً للتشغيل . ولما كانت هذه العقود تمتد مدة طويلة من الزمن قد تصل بحسب نص القانون إلى تسع وتسعين سنة كاملة . فإن تنفيذ العقد وفقاً للمواصفات التى سبق الاتفاق عليها مع الجهة الإدارية تبقى له أهميته الكبيرة ؛ إذ ترتبط جودة هذا التنفيذ ودقته باستمرار المرفق فى أداء نشاطه ونقل ملكيته إلى الدولة .

وللجهة الإدارية حق مشروع فى مراقبة هذا التنفيذ فى مراحله المختلفة سواء فى مرحلة التصميم أم فى مرحلة التشييد أم فى مرحلة التجهيز ؛ فالإدارة لها حق الرقابة ومتابعة المتعاقد معها فى تنفيذ العقد .

وهو ما سوف نتناوله فيما بعد بالتفصيل .

وتمر عملية تنفيذ المشروع بعدة مراحل كما يلى :

١- مرحلة التصميم :

وتعتبر مرحلة التصميمات والرسومات الخاصة بالمشروع هى أساس التنفيذ فى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بصورها المختلفة . ولا شك أن هذه المرحلة تكتسب أهميتها على اعتبار أن شركة المشروع هى التى تُنشىء المرفق ابتداء . وهذه التصميمات والرسومات يجب أن يتفق

عليها أطراف العقد سواء فى ذلك قدمتها شركة المشروع أم الجهة الإدارية . وتتميز هذه الرسومات والتصميمات بالسرية ويجب أن يتم تنفيذ العمل وفقاً لها .

وكثيراً ما يحدث فى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بتفريعاته المتعددة ، أن يحيل فى إنشائه إلى عقود الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين Conditions of Contract For Works of Civil Engineering Construction[1] . وهى صيغ معدة سلفاً بواسطة الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين .

وفى هذا الإطار – ينص البند الفرعى ١/٦ على أن يزود المهندس المقاول بنسختين من الرسومات بلا مقابل . ويتحمل المقاول تكلفة أى عدد آخر يحتاجه من النسخ . وينص البند ٢/٦ على ضرورة أن يحتفظ المقاول فى الموقع بنسخة من الرسومات المسلمة إليه أو المقدمة منه بحيث تكون متاحة فى جميع الأوقات المعقولة للفحص والاستعمال من المهندس وممن يرخص له المهندس فى ذلك كتابة كما ينص البند ١/٦ من الإصدار الرابع على أنه « باستثناء ما هو ضرورى بالمعنى الدقيق ، لتنفيذ أغراض العقد ، فليس للمقاول أن يسمح دون موافقة المهندس ، باستعمال شخص ثالث للرسومات أو المواصفات أو المستندات الأخرى المقدمة من رب العمل أو من المهندس أو أن يعطيها له .

(١) راجع فى ذلك الترجمة العربية – ترجمة مكتب الشلقانى – الطبعة الرابعة ١٩٨٧.

وعلى المقاول أن يعيد إلى المهندس -عند صدور شهادة انقضاء المسئولية عن العيوب - جميع الرسومات والمواصفات والمستندات الأخرى التى سلمت له طبقا للعقد[١] .

وعلى الجهة الإدارية أن تحتفظ بعدد كاف من النسخ لهذه التصميمات والرسوم الهندسية للمشروع حتى يتسنى لها مراقبة الإنشاء والتشغيل وإجراء الصيانة اللازمة حين يؤول إليها ملكية المشروع عند انتهاء أمد العقد .

٢- تهيئة موقع المشروع لبدء التنفيذ :

وتعتبر هذه المرحلة بداية التنفيذ الفعلى للمشروع ، ويجب على شركة المشروع أن تقوم بتهيئة موقع المشروع الذى يتعين على الدولة المضيفة أن تسلمه إليها وتضمن عدم تعرض الغير لها . لأن هذا التعرض فى حالة قيامه سوف يؤدى إلى تأخير تنفيذ المشروع مما يؤدى إلى الإضرار بمصالح المتعاقد مع الإدارة[٢] .

وتوقيا لحدوث منازعات أو مشكلات حول هذا التسليم وحالاته مستقبلاً فإنه يجدر أن يتم هذا التسليم بمحضر رسمى مكتوب يوقع عليه أطراف العقد . وهو أمر مهم نظراً لاتصاله بقدرة أطراف العقد على الوفاء بهذه الالتزامات فى وقتها المحدد .

---

(١) فى تفصيل ذلك راجع : محمد محمد بدران : عقد الإنشاءات فى القانون المصرى - دراسة فى المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشارين - ٢٠٠١ - دار النهضة العربية - ص ٩٢ .

(٢) خالد بن محمد عبدالله العطية : النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية - المرجع السابق - ص ١١٢ .

٣- مرحلة التشييد :

وفى هذه المرحلة تقوم شركة المشروع بإنشاء المرفق وبنائه وفقا للقواعد المتفق عليها فى العقد ، مع الالتزام الدقيق بالرسومات والتصميمات والاشتراطات التى نص عليها العقد وملاحقه أو كراسة الشروط التى أجريت وفقا لها إجراءات اختيار المتعاقد (شركة المشروع) .

وللإدارة أن تراقب عملية الإنشاء ولها فى سبيل ذلك تعيين مهندسين استشاريين لمتابعة هذا التنفيذ . ولها أن تحتج أو ترفض أى تغيير فى الرسومات أو قواعد التنفيذ المتفق عليها سلفا فى العقد وملاحقه. وكذلك أى تعديل فى مواصفات البناء والتجهيز مما يقلل من الاستفادة من هذا المرفق . أو يؤدى على المدى الطويل إلى تعذر انتقال ملكيته إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد .

وتلجأ بعض الدول إلى جدولة تشييد المرفق وتجهيزه بحيث تلتزم شركة المشروع بالتنفيذ وفقا لخطة محددة . ومن ذلك التجربة الأرجنتينية فبمقتضى عقد B.O.T لإنشاء طريق الاتوبيسات السريع الزمت الحكومة الشركة بأن يكون التنفيذ على مرحلتين :-

المرحلة الأولى : فى نهاية أغسطس ١٩٩٦ وهذه المرحلة تشمل إنشاء وتوسعة الطريق وبناء بوابات على الطريق .

وقد أدخلت الدولة ثلاثة تعديلات على العقد تتضمن مزيداً من الإنشاءات مع السماح للشركة صاحبة الامتياز أن تزيد قيمة الرسوم نتيجة لذلك ، وانتهت هذه التعديلات فى مايو ١٩٩٨ .

أما المرحلة الثانية : تبدأ مع بداية التحصيل وتنتهى مع نهاية عقد الالتزام فى ٢٠١٦ [١] .

وتتأتى أهمية الاتفاق على مراحل التنفيذ بصورة واضحة فى أنه يحسم كثيراً من المنازعات التى يمكن أن تؤدى إلى فشل المشروع أو تأخر تنفيذه .

وفى الغالب فإن العقد ينص على كيفية حسم المنازعات التى تنشأ عند تنفيذ العقد وإنشاء المرفق . وفى أغلب الأحيان ينص فى العقد على اللجوء إلى التحكيم عند نشوء مثل هذه المنازعات مع تحديد إجراءاته والقانون الواجب التطبيق فى العقد[٢] .

---

(١) فى تفصيل ذلك راجع : محمد أبو العينين : تجارب بعض الدول النامية فى مشروعات البوت - بحث مقدم إلى مؤتمر مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص - شرم الشيخ : ٢٩ - ٣٠ سبتمبر ٢٠٠١ - ص ٢ .

(٢) فى ذلك راجع : جابر جاد نصار : التحكيم فى العقود الإدارية - ١٩٩٧ - دار النهضة العربية .

الفرع الثالث

التزام شركة المشروع بالتشغيل

تأتى مرحلة التشغيل بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع واكتمال تجهيزاته الفنية والتكنولوجية . وتمثل مرحلة التشغيل جوهر العقد بالنسبة لشركة المشروع إذ أن هذا التشغيل هو الذى يكفل لها استرداد ما أنفقته على بناء المشروع وتجهيزاته . ومن ناحية أخرى لا تخفى أهميته بالنسبة للجهة مانحة الالتزام إذ أن كيفية هذا التنفيذ تؤثر على تنفيذ شركة المشروع لالتزاماتها ، ويتصل بذلك ضرورة التزام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة للمشروع ، وتدريب العاملين فيه ، والتزامه بنقل التكنولوجيا الحديثة .

وذلك على التفصيل التالى :-

أولاً : القواعد الأساسية فى تشغيل وإدارة المشروع :

إذا تعلق عقد البوت بمرفق عام يؤدى خدمة للجمهور فإن ثمة قواعد أساسية تتصل بسير المرافق العامة يجب على شركة المشروع أن تلتزم بها . فعقود البوت التى تتعلق بمحطات الكهرباء أو الصرف الصحى أو المطارات أو غيرها من المرافق العامة يجب أن تخضع فيها شركة المشروع حين تقديم الخدمة للجمهور للقواعد الأساسية التى تتعلق بسير

المرافق العامة بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه المبادىء وطبيعة هذه العقود ومركز شركة المشروع فيه .

المبادئ التقليدية التى تحكم سير المرافق العامة تتلخص فى ثلاثة(١) :

١- مبدأ مساواة الجميع أمام المرافق العامة .

٢- مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

٣- مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل فى كل وقت .

وهذه المبادئ الضابطة لنشاط المرفق العام هى من خلق وابتداع القضاء الإدارى فى فرنسا . وهى مبادئ منطقية ترتبط بفكرة المرفق العام بحسبانه يهدف إلى إشباع حاجة عامة للمواطنين .

وسوف نلقى الضوء على هذه المبادئ ونبين مدى اتفاقها أو اختلافها مع عقود البوت .

١- مبدأ المساواة :

مقتضى هذا المبدأ أن يتساوى جميع الأفراد أمام المرفق العام ؛ فهو يقدم لهم الخدمة وهم أمامه على قدم المساواة مادام يتوافر فيهم الشروط التى يتطلبها القانون لتلقى الخدمة .

ومبدأ المساواة يجد أساسه القانونى فى أمرين : فهو مبدأ دستورى تحرص الدساتير عادة على النص عليه(٢) ، ومن ذلك ما تنص عليه المادة

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى : الوجيز فى القانون الإدارى - الجزء الأول : نظرية المرافق العامة - الطبعة الأولى ١٩٥٧ - مؤسسة المطبوعات الحديثة - ص ١٢٧ ؛ وراجع أيضاً : أنور أحمد رسلان : وسيط القانون الإدارى -٢٠٠٠ - ص ٢٦٤.

(٢) سعاد الشرقاوى : القانون الإدارى - ١٩٩١ - دار النهضة العربية - ص ١٣٦ .

٤٠ من الدستور المصرى « المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » .

كما أن هذا المبدأ يجد أساسه أيضاً فى فكرة المرفق العام ، حيث إنه يستهدف إشباع حاجة عامة ، وهو فى ذلك يهدف إلى تحقيق مصلحة الجميع ولذلك لا يتصور أن يميز الملتزم فى أداء الخدمة للجمهور بين أفراده .

وما من شك فى أن عقود البوت عندما تتعلق بمرفق عام يؤدى خدمة عامة للجمهور فإن شركة المشروع تلتزم بتحقيق مبدأ المساواة فى تقديم الخدمة للجميع . فلا يجوز لها أن تمتنع عن أداء الخدمة لأى شخص مادامت شروط تقديمها قد توافرت . فمن غير المتصور إذا ما تعلق عقد البوت بإنشاء مطار أن يسمح لشركة المشروع "الملتزم" بالتمييز بين الأفراد فيسمح للبعض باستخدامه ويمنع البعض من استخدامه دون مسوغ قانونى .

٢- مبدأ دوام سير المرفق العام :

وهذا المبدأ ينبع - كسابقه - من طبيعة المرفق العام وضرورة تحديد الهدف الذى أنشأ من أجله . فالمرفق العام يستهدف إشباع حاجة عامة دائمة ومستمرة ، ومن ثم يجب أن يستمر المرفق فى أداء الخدمة .

فتوقف المرفق العام عن أداء الخدمة سواء أكان هذا التوقف مؤقتاً أم دائما يتعارض مع طبيعة المرفق العام . ولذلك فإن هذا المبدأ يعزى إليه

كثير من نظريات القانون الإدارى مثل نظرية الموظف الفعلى فى الظروف الاستثنائية أو عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام . أو منع إضراب الموظفين العاملين بالمرفق . ذلك أن هذا الاضراب يهدد سير المرفق بانتظام وإطراد . وكذلك تنظيم استقالة العاملين .

ولا شك فى ضرورة التزام شركة المشروع فى عقود البوت بهذا المبدأ ؛ أى كفالة دوام سير المرفق بانتظام واطراد . وتحرص القوانين التى ترخص للإدارة إنشاء مرافق عامة عن طريق عقود البوت B.O.T على النص على بعض آثار هذا المبدأ . ومن ذلك ما نص عليه القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول ، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه « ... يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج ، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول أو أجزاء منها ، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضى النزول ... وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :-

أ - ......

ب - ......

ج - أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد .

كما تنص المادة الثالثة منه على أنه « لا يجوز الحجز أو اتخاذ أى إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان

ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات ، وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام .

كما تنص المادة الرابعة على أنه « يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال ، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام ، وتؤول جميعها إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال » .

كما تنص المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر على أنه « يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء ... وذلك بمراعاة القواعد ... (جـ) تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد » .

٣- مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل :

وهذا المبدأ تبرره أيضاً طبيعة المرفق العام . فالمرفق العام يهدف إلى إشباع حاجة جماعية ، الأمر الذى يبرر ضرورة تطور هذا المرفق والوسائل والأساليب التى يتم بها تحقيق هدف المرفق [1] .

وعلى ذلك فإنه من المقرر أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فى تطوير المرفق العام ولا يقيدها فى ذلك إلا استهداف الصالح العام [1] .

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى : الوجيز فى القانون الإدارى - الجزء الأول - نظرية المرافق العامة - المرجع السابق - ص ١٨٤ .

وفى الحقيقة : وإن كان يصعب تصور تطبيق هـذا المبـدأ فـى الالتزامات التى تنشأ بمقتضى عقود البوت B.O.T فالتعديل الذى يمكـن أن يرد على العقد إنما يتم الاتفاق عليه فى العقد . وذلك ناتج عن خصوصيـة هذا العقد والذى تقوم فيه شركة المشروع بإنشاء المشروع وتشـغيله مـدة الالتزام . ومن ثم فإن التعديل والتطوير الذى يكون ضرورياً على المرفـق إنما يكون باتفاق بين الطرفين ، كما أنه يجب أن يأخذ فى اعتباره مصـالح شركة المشروع وتمكينها من استرداد ما أنفقته وتحقيق الأرباح التى تنشدها ولذلك يجب أن يترتب على استخدام الإدارة لهذه السلطة ضرورة تعويـض شركة المشروع تعويضا يساوى قيمة هذا التعديل .

ثانيا : التزام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة :

تتبدى أهمية هذا الالتزام فـى أن شـركة المشـروع تلـتزم فـى نهاية مدة الالتزام بنقل ملكية المرفـق إلـى الجهـة الإداريـة ، وقـدرة شركة المشروع على تنفيذ هذا الالتزام ترتبـط ارتباطـا وثيقـا بـالتزام شركة المشروع بإجراء الصيانات الدوريـة علـى المرفـق حتـى يظـل بحالة جيدة .

ويجب أن يحدد العقد مواعيد الصيانة والطرف الذى يلتزم القيام بها ، ومدى سلطة الجهة الإدارية فى التحقق من تنفيذ هذا الالتزام بصورة جدية ، وذلك لأن لها مصلحة فى ذلك تتمثل فى ضرورة أن تنتقل إليـها ملكيـة المرفق بحالة جيدة .

---

(١) أنور احمد رسلان - وسيط القانون الإدارى - المرجع السابق - ص ٢٦٤ .

وإذا لم ينص العقد على ذلك فإن التزام شركة المشروع بتنفيذ هـذا الالتزام يكون وفقا للعرف ولما يجرى عليه العمل[١] .

ويتصل بالالتزام بالصيانة التزام المشغل بتطوير المعـدات وآلات المرفق للمحافظة على كفاءة المرفق . فثمت مشروعات تستلزم فـى كـل الأحوال تطوير دائم للمعـدات والآلات[٢] ، مثـل محطـات الكـهرباء أو المطارات أو الطرق .

ثالثا : التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها :

يمثل عقد البوت مدخلاً أساسياً لنقل التكنولوجيـا المتقدمـة إلـى الدولة المضيفة . فشـركة المشـروع لـها مصلحـة جديـة فـى نقـل التكنولوجيا الحديثة حيث تسهل له إدارة المشروع وتحصيـل أكـبر قـدر من الفوائد والأرباح ؛ وذلك أن هذه التكنولوجيا تقلل الاعتماد على الأيـدى العاملة كما أنها تساعد على تقديم خدمة جيدة ، كما أن الدولة المضيفة لـها أيضاً مصلحتها فى الحصول على تكنولوجيا جديدة تساعدها فـى تحقيـق التنمية الاقتصادية .

ولعل هذا الالتزام يعد من أهم الالتزامات التى تتولد عـن عقـود البوت . فنظراً لضخامة الاستثمارات فى مثـل هـذه المشـروعات فـإن الأمر يستدعى الاستعانة بالتكنولوجيا المتطورة والعمل على تطويرهـا أولاً

---

(١) خالد بن محمد عبدالله العطية : النظام القانونى – المرجع السابق – ص ١٢٢ .

(٢) هانى سرى الدين : التنظيم القانونى والتعاقدى لمشـروعات البنيـة الأساسـية – المرجع السابق – ص ٣٨٦ .

بأول ، ويمكن للدولة المضيفة أن تطلب نوعاً معيناً من التكنولوجيا يتناسب وخططها التنموية .

ويتصل بهذا الالتزام ضرورة تدريب عمال الجهة الإدارية على استخدام التكنولوجيا المستخدمة فى المشروع . حتى إذا ما انتقل إليها فى نهاية مدة الالتزام تصبح قادرة على تشغيله .

الفرع الرابع

التزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية

وهو التزام أساسى فى عقود البوت ، فبعد انتهاء مدة العقد فإن شركة المشروع تلتزم بنقل ملكية المرفق محل العقد إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة .

والأصل أن المشروع ينتقل من الملتزم إلى جهة الإدارة دون مقابل . فشركة المشروع قد استردت ما أنفقته فى بناء المشروع فى فترة التشغيل ، فضلاً عن احتفاظها بما حققته من أرباح . على أن هذا لا يمنع أن ينص فى العقد على حصول شركة المشروع على تعويض عادل أو تعويض رمزى حسب الأحوال .

وقد تجد الجهة الإدارية أن من مصلحتها استمرار شركة المشروع فى إدارته وتشغيله . ولذلك عليها أن تبرم معها اتفاقاً جديداً بهذا الشأن

ويكون محله إدارة هذا المشروع . على أن استمرار شركة المشروع في إدارته وتشغيله لا يؤثر على ملكية الجهة الإدارية للمرفق .

ويتعين على شركة المشروع أن تنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة وصالح للاستخدام . وللجهة الإدارية أن تتحقق من ذلك .

وبتنفيذ هذا الالتزام فإن عقد البوت ينتهى تماماً . ويجب تحويل جميع أصول المشروع سواء أكانت عقارية أم منقولة إلى الجهة الإدارية . ويجب أن تنتقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية خالصة من أى رهون أو حقوق للغير . إلا إذا كان العقد ينص على غير ذلك فيجب تنفيذ ما تم الاتفاق عليه .

تلك كانت أهم الالتزامات التى تلتزم بها شركة المشروع .

المطلب الثانى

حقوق صاحب الامتياز
« شركة المشروع »

تتمثل هذه الحقوق فى : أولاً : الحصول على مقابل العقـــد الـــذى يتمثل فى الرسم . وثانيا : فإن التساؤل يثور فى هذا المقـــام حـــول حـــق المتعاقد مع الإدارة فى التوازن المالى للعقد الإدارى . وثالثا : الحـــق فـــى الحصول على التعويضات .

وذلك على التفصيل التالى :

الفرع الأول

الحصول على المقابل المالى للعقد : «الرسم»

يهدف المتعاقد مع الإدارة فى جل العقود الإدارية إلى الحصول على المقابل المالى ؛ أى (الثمن) للأعمال التى قدمها للإدارة . وغالباً ما يكـــون هذا المقابل نقديا .

ويتخذ المقابل المالى شكل الثمن فى عقدى الأشغال العامة والتوريد ، أما فى عقد الالتزام فيكون فى صورة الرسم الذى يفرضه الملتزم علـــى جمهور المنتفعين وفقا للحدود المتفق عليها مع جهة الإدارة فى العقد[١] .

---

(١) De laubadére (A) : traité de droit adminstratif, 15e éd. op. cit. p. 830 .

والأصل أن الشروط التى تتعلق بتحديد المقابل النقدى فى العقـــود الإدارية تعتبر شروطاً تعاقدية لا يجوز للإدارة بإرادتها المنفردة أن تعدلــها أو تغيرها . ولكن يلزم أن يتفق الطرفان على ذلك .

على أنه يرد على هذه القاعدة استثناءان ، يتعلق الأول بالرسم الذى يقتضيه المتعاقد مع الإدارة فى عقود الالتزام حيث يعد شرطا من الشــروط اللائحية التى يمكن للإدارة أن تعدلها أو تغيرها دون حاجة لموافقة الملتزم.

أما الاستثناء الثانى فيتعلق بالعقود التى تؤدى وظــائف الأعمــال الشرطية فهذه العقود تعهد إلى المتعاقد معها مراكز نظامية ؛ كعقد التوظيف . فالمرتب الذى هو المقابل المالى لعقد التوظيف يصبــح تابعــاً للمركــز النظامى ، ومن ثم تستطيع الإدارة أن تعدله بـــالنقص أو بالزيــادة كلمــا أرادت[١] .

وعلى ذلك فإن المقابل المالى الذى يستحقه المتعاقد مع الإدارة قــد يكون ثمناً وهو الغالب ، وقد يكون رسماً كما فى عقد الالتزام . علـــى أن أمر تحديد واستحقاق ، كل منهما يتطلب مزيداً من إلقاء الضوء .

يعتبر الرسم هو المقابل المالى الرئيسى الذى يحصل عليه الملـــتزم فى عقد الالتزام . وهو يحصله من الجمهور .

ويعد الرسم فى النظرية التقليدية لعقد الالتزام من الشروط اللائحيــة على خلاف الثمن فى غيره من العقود . ومن ثم فــإن الإدارة تســتطيع أن تغير فى الرسم حسب ما تقتضيه مصلحة المرفق . بل إن الإدارة قد تسـتقل بتحديده وتقديره . ويجب أن تراعى فى ذلك تحقيق المساواة بين المنتفعيــن

---

(١) سليمان الطماوى : الأسس العامة – المرجع السابق – ص ٣٨٥ .

بخدمات المرفق فضلاً عن ضرورة التزامها بما يحدده المشرع من قواعد في هذا الصدد .

ويجب ألا يتجاوز ما يحصل عليه الملتزم عن ١٠% من صافى أرباح المرفق ، كما نصت على ذلك المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

على أن الأمر فى عقود البوت مختلف تماماً . فالملتزم هو الذى يتكفل ببناء المرفق وتشغيله فترة العقد المتفق عليها . ولا بد أن يكون العائد فى مدة التشغيل كافيا لاسترداد ما أنفقه فى بناء المرفق وتحقيق الأرباح التى ينشدها . ولذلك فإن الأمر يختلف فى عقود البوت من ناحيتين :

١- أن الرسم الذى يفرضه الملتزم مقابل تأدية الخدمة للمنتفعين فى عقود البوت يعد من الشروط التعاقدية التى تخضع للاتفاق بين شركة المشروع والجهة الإدارية مانحة الالتزام .

ولذلك إذا رأت الجهة الإدارية أن سعر الخدمة التى يقدمها المرفق عالية التكلفة ولا يتناسب مع قدرة جمهور المنتفعين فإنه فى هذه الحالة تتدخل الجهة الإدارية بشراء الخدمة من شركة المشروع (الملتزم) وإعادة بيعها مرة أخرى إلى جمهور المنتفعين ؛ وهو ما يحدث فى إنشاء محطات الكهرباء وفقا لنظام البوت . ففى عقود إنشاء محطتى سيدى كرير تضمنت الاتفاقات اتفاقية لشراء القوى الكهربائية بين هيئة كهرباء مصر وشركة المشروع (intergen / Bechtel) .

٢ - أن الرسم فى عقود البوت لا يخضع للقواعد التى ينص عليها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، وأهمها تلك التى تتعلق بتقييد حق الملتزم فى صافى أرباح المرفق بنسبة ١٠% فالأصل فى عقود البوت هو استئثار

الملتزم بكل أرباح المرفق فترة الامتياز وهو أمر يتفق مع ضرورة تـوازن التزامات وحقوق الطرفين فى عقود البوت .

وهو الأمر الذى حرص المشرع على النص عليه فى القوانين التـى صدرت لتنظم التعاقد وفقا لعقود البوت . مثل القـانون رقـم ١٠٠ لسـنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسـنة ١٩٧٦ بإنشـاء هيئـة كهرباء مصر . والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافـق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى الـنزول . إذ حـرص المشرع على أن تبرم هذه العقود دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسـنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منـح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة .

الفرع الثانى

فكرة التوازن المالى فى النظرية التقليدية للعقد الإدارى وعقود البوت

إذا كانت القاعدة العامة فى العقود المدنيـة تقضـى بـأن العقـد شريعة المتعاقدين ، مما يعنى معه أن طرفيه يلتزمان بالتزامات محددة ثابتة فترة تنفيذ العقد . فإن هذا الأصل لا يعدو أن يكون الاستثناء فى إطار تنفيذ العقود الإدارية . فالقاعدة العامة فى تنفيذ هذه العقود هو مرونة التزامـات المتعاقد مع الإدارة وتحركها إما بالزيادة أو بالنقصان . على أن هذه القاعدة

إذا اقتصرت على التزامات المتعاقد مع الإدارة فقط ، تصبح العقود الإدارية مغرمة لهذا المتعاقد ، فضلا عما يشكله ذلك من إجهاد له وغبن فى حقوقه . ومن ثم كان لابد من أن تشمل هذه القاعدة حقوق هذا المتعاقد . ويترتب على ذلك أنه إذا زادت التزامات المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه أيضا وتلك هى فكرة التوازن المالى فى العقود الإدارية[١] .

وهى فكرة منطقية ؛ فإذا كان اتصال العقد الإدارى بنشاط مرفق عام هو الذى يبرر للإدارة أن تغير فى التزامات المتعاقد معها فإن ذلك أيضا هو الذى يبرر ضرورة وجود التوازن المالى بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يستطيع أن يستمر فى تنفيذ العقد[٢] .

وظهرت فكرة التوازن المالي فى العقود الإدارية فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه بتاريخ ١١ مارس سنة ١٩١٠[٣] . وما لبث أن استقرت فى الفقه والقضاء كمبدأ أساسى يحكم التزامات المتعاقد مع الإدارة ، وهو ما أشارت إليه محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ إذ تقول « إن الفقه والقضاء الإدارى قد خلق نظرية التوازن المالى للعقد الإدارى ، وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، وبين المزايا التى ينتفع بها ، على اعتبار أن العقد الإدارى يكون فى مجموعه كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفة الميزان بينهما ، وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى

---

(١) Delvolvé (p.) : Vedel (G.) ; droit adminstratif, op. cit p. 419 .

(٢) De laubadére (A.) : traité de droit adminstratif, op. cit p. 829 .

(٣) فى ذلك راجع : سليمان الطماوى : الأسس العامة - المرجع السابق - ص ٦١٠ .

لو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض . فتارة يكون التعويض كاملا ، وتارة يكون جزئياً . وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد واختلاف الرأى من مبرراتها فإنه لا شبهة فيه أنها ترتد فى الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القانون الإدارى . كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد فى شأن من شئون المرافق العامة . وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح ، وأن هذه المحكمة لترى من الخير - بمناسبة هذه الدعوى الحالية - التنبيه إلى أن القواعد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الإدارى فى هذا الشأن إنما كانت وليدة البحث والتقصى وثمرة التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين جهات الإدارة والمتعاقدين معها . وأن الأطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير منكورة حاصلها أنه يكون مفهوماً أن حق الإدارة فى الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف يقابله من جانب المتعاقد معها أن يهدف إلى تحقيق ربح مجزء له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات المحاسبية . ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كل منهما إزاء الطرف الآخر موقف التربص والتوجس وانتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع إن ظل كامنا فهو خليق بأن يتحول فى أية لحظة إلى دعوى تطرح أمام القضاء بل إن الحق الخالصّ فى شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها ، أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعى فيها كثيراً من الاعتبارات الخاصة

التى تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفـر المـالى للدولـة ، وأن الهدف الأساسى هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظـام ، حسب أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها . وأن ينظر إليـها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونـة فـى سـبيل المصلحة العامة فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية . وهذا وذاك يقتضـى بيـن الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والتسـاند والمشاركة فى وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقـد من صعوبات وما يصادفه من عقبات وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسـن التنفيذ وإنجازه فى مواعيده المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها إلى أنه سـينال لقاء إخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل جزاءه الأوفى وأجره العادل[١] .

وفكرة التوازن المالى فى العقود الإدارية لا تطبق فى حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض فى حالة وجود خطأ منسوب إلى جهـة الإدارة . وإنما مجال أعمالها هو حالات التعويض التى يستحقها المتعاقد دون خطـأ منسوب إلى جهة الإدارة .

والحالات التى يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة التعويض بغـير أن ينسب إلى الإدارة خطأ هى حالات ثلاث[٢] :

الحالة الأولى : عمل الأمير

الحالة الثانية : الظروف الطارئة

الحالة الثالثة : الصعوبات المادية غير المتوقعة

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ٣٠ يونيـه ١٩٥٧- المبـادئ - س ١١- ص٦٠٧ .

(٢) DE FORGES (Jean – Michel) droit administratif, op.cit pp. 81 et sui .

ذلك كان مفهوم فكرة التوازن المالى فى النظرية التقليديــة للعقــود الإدارية – بصفة عامة – بما فيها عقد الالتزام . فهل يمكن تطبيــق هــذه المبادئ على عقود البوت ؟

مما لا شك فيه أن عقود البوت تتعرض أثناء تنفيذها أو تشغيلها إلى عوارض قد تؤدى إلى أن تختل اقتصاديات العقد اختلالاً كبيراً ، لا مندوحة معه من ضرورة تعويض المتعاقد فى هذه الحالة .

وفى نموذج عقد الفيديك نجد أيضاً تنظيما اتفاقيا يتضمــن أحكامــاً خاصة تخول المقاول حقا فى التعويض من رب العمل ، على الرغم مــن انعدام التقصير من جانب هذا الأخير وتتمثل فى :

١- الظروف الطارئة .

٢- تغير التشريع وقيود النقد الأجنبى .

٣- الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وهى أحكام تماثل ما هو موجــود فــى النظــام المصــرى ، وإذا كانت هذه النظريات فى النظام المصرى تتأسس على فكرة التوازن المــالى فى العقد الإدارى ، فإنها فى عقود الفيديك تتأسس على فكرة العدالة . وهذه الأخيرة تعتبر فكرة فلسفية تتأسس عليها أيضا فكرة التوازن المالى . فــهذه الفكرة مردها فى الحقيقة فكرة العدالة .

ونظراً لضخامة عقود البوت واستمرارها مدة طويلة من الزمن فإن هذه العقود تنظم مواجهة العوارض التى تعترض العقد سواء فــى مرحلــة الإنشاء أو فى مرحلة التشغيل . ومن ذلك ما جاء فى قرار مجلس الــوزراء

رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام B.O.T لشركة كاتو للاستثمار (شركة مساهمة مصرية) .

إذ نصت المادة التاسعة على أن « للملتزم الحق فى طلب تمديد مدة الإنشاء فى الحالات الآتية :-

١-بناء على قرار من المالك .

٢-القوة القاهرة

٣-ظروف استثنائية يكتشفها الملتزم قد تطرأ فى الموقع ويقرها المالك .

٤-أى تأخير أو إعاقة من قبل المالك .

كما تنص المادة ١٠/د على أنه « إذا لحق ضرر بالمطار أو بأى جزء منه بسبب القوة القاهرة ، سواء فى مرحلة الإنشاء أو خلال فترة التشغيل ، على المالك أن يشارك فى دفع تكاليف عمليات الإصلاح أو الترميم أو إعادة البناء أو الاستبدال بحسب مقتضى الحال ، لإعادة المطار إلى الحالة التى كان عليها قبل وقوع الضرر .

ومن الواضح أن نظرية التوازن المالى فى العقد الإدارى ، تتخذ بعداً جديداً أكثر تطوراً فى عقود البوت B.O.T ، وتستهدف ليس فقط ضرورة التوازن بين التزامات الطرفين فى العقد الإدارى ، وإنما ضرورة تعادل هذه الالتزامات .

ولذلك سوف نلقى الضوء على هذه النظريات الثلاث التى تعطى للمتعاقد مع الإدارة حق الحصول على التعويض دون حدوث خطأ منه . مع الأخذ فى الاعتبار خصوصية عقود البوت . وذلك على الوجه التالى :

أولا : نظرية عمل الأمير Le Fait du Prince

تعتبر هذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي . وهي أول النظريات التى أراد بها القضاء الإدارى إقامة التوازن المالى فى العقد الإدارى بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة[١] .

١- مفهوم النظرية :

تعنى نظرية عمل الأمير صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها ويترتب عليه ضرر للمتعاقد مع الإدارة ويؤدى إلى الإخلال بالتوازن المالى للعقد الإدارى ويستوجب تعويضه .

وبهذا التعريف أخذت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ حيث قررت «.. أن المقصود بنظرية فعل الأمير . هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو فى الالتزامات التى ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة « المخاطر الإدارية » وهذه الإجراءات التى تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة[٢] .

---

(١) Saroit Badaoui : Le Fait du Prince dans Les Contrats Administratif en droit Francais et en Droit égyptien, paris, L.G.D, 1955.
et : Vedel (G) , Delvolvé (P.) : droit Administratif , op. cit. p. 420 .

(٢) حكمها سالف الذكر .

٢- شروط نظرية عمل الأمير :

استقر الفقه والقضاء الإدارى سواء فى مصر أم فى فرنسا على ضرورة توافر عدة شروط لانطباق عمل الأمير كما يلى :

الشرط الأول : وجود عقد إدارى :

فلإعمال نظرية عمل الأمير يجب أن تكون الرابطة التى تربط بين الإدارة والمتعاقد معها رابطة تعاقدية .

والربط بين تطبيق هذه النظرية ووجود الرابطة التعاقدية بين المضرور والجهة الإدارية أخذ به القضاء منذ بواكير أحكامه فقد ذهبت إلى ذلك محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣ مارس سنة ١٩٥٧ إذ قررت « .. متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الأضرار التى تترتب على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون ؛ إذ من المقرر أن المسئولية التى ترتب التعويض فى نطاق نظرية عمل الأمير لا تقوم إلا فى حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد ، بأن زاد فى الأعباء التى يتحملها فى تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد وأن تؤدى هذه الزيادة فى الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالى للعقد »[١] .

وما من شك فى أن الرابطة التى تربط بين جهة الإدارة وشركة المشروع فى عقود البوت هى رابطة تعاقدية . فعلى الرغم من تشابك

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٣/٣ المجموعة س ١١ ص ٢٣٩ .

العلاقات وتعدد الاتفاقيات فإن الأصل فى ذلك هو العلاقـــة العقديـــة بيـــن الطرفين .

الشرط الثانى : أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة :

وهذا الشرط مقصود به تحديد نطاق تطبيق هذه النظرية وقصرهـــا على حالة صدور الفعل الضار من الجهة المتعاقدة ، ولم يكن الأمر كذلـــك فى بدايات تطبيق هذه النظرية فلقد كان ينصرف مداها نحو الأعمال التـــى تصدر من السلطات العامة سواء المتعاقدة ، أو أى سلطة أخرى .

على أن القضاء الحديث سواء فى فرنسا أم فى مصر قصر نطـــاق تطبيق هذه النظرية على الأفعال التى تصدرها الجهة المتعاقدة ، أمـــا مـــا عداها من أفعال تصدر عن سلطات الدولة الأخرى فأدخلها فى نطاق نظرية الظروف الطارئة ، كما سنرى فيما بعد .

والفعل أو الإجراء الذى يصدر عن الجهة المتعاقدة والذى يستوجب تطبيق نظرية عمل الأمير قد يكون فى صورة إجراء خاص يـــؤدى إلـــى تعديل مباشر فى العقد ، وقد يكون فى صورة إجراءعام يؤدى إلى تعديـــل شروط العقد . وذلك على التفصيل الآتى :

١- صدور عمل الأمير فى صورة إجراء خاص :

علمنا فيما سبق ، أن اتصال العقد بنشاط مرفق عـــام أدى إلـــى أن الإدارة لا تقف متساوية مع من يتعاقدون معها ، وإنما يكون لها مركز مميز من تجلياته أنها تستطيع أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات يترتب عليـــها تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أم بالزيادة وهو مـــا اســـتوجب

ضرورة تعويض هذا المتعاقد ضمانا لوجود توازن بين التزاماته وحقوقه حتى لا يفقد مبرر استمراره فى علاقته التعاقدية مع الإدارة .

وعلى ذلك فإنه إذا تدخلت الإدارة المتعاقدة بإجراء خاص بهذه العلاقة التعاقدية أدى إلى تعديل وتغيير فى التزامات المتعاقد معها استوجب ذلك – مع توافر غيره من الشروط – تطبيق نظرية عمل الأمير .

ويشترط بصفة أساسية لاعمال هذه النظرية فى هذا النطاق أن يكون القرار أو الإجراء الذى اتخذته الإدارة وأدى إلى تعديل التزامات المتعاقد معها صحيحا ، فإذا مثل خطأ تعاقديا . انتفى مبرر تطبيق نظرية عمل الأمير . وكان للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض حسب قواعد المسئولية التعاقدية عن خطأ الإدارة .

وللإجراء الخاص الذى تصدره الإدارة ويؤثر على التزامات المتعاقد صورتان :

الصورة الأول : تعديل شروط العقد :

وفيها تزيد الإدارة التزامات المتعاقد معها أو تنقصها أو تغيرها .

أما الصورة الثانية : أن يؤثر الإجراء فى ظروف تنفيذ العقد :

وفى هذه الصورة لا يؤثر الإجراء الذى تتخذه الجهة الإدارية على شروط العقد وإنما يؤثر على الظروف المحيطة بالتنفيذ . ويؤدى بطبيعة الحال إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء جديدة .

على أنه يجدر التنبيه على أن قضاء مجلس الدولة فى فرنسا يقيد أعمال نظرية عمل الأمير فى هذا النطاق بطبيعة العقد ذاته ، بمعنى أن ثمة عقودا إدارية قد يخضع تنفيذها لظروف متغيرة تؤدى إلى زيادة أو نقص

التزامات المتعاقد مع الإدارة كما هو الأمر فى بعض عقود الالتزام أو عقود التوريد . كالعقود التى يكون موضوعها توريد أغذية أو مهمات للجنود فـى الجيش أو أدوية للمرضى فى المستشفيات أو المساجين فى السـجون فـلا يمكن أن تضمن الإدارة للمتعاقد معها أن تظل الأعداد محددة ، فهى أعـداد قابلة للزيادة والنقصان دائما .

ومن ثم فقد رفض تعويض المتعاقد عن الأضرار التى لحقت به من جراء سحب الإدارة للمساجين من سجن يديره مما أدى إلـى نقـص فـى أعدادهم[1] .

كما رفض مجلس الدولة الفرنسى تعويض الأضرار الناجمة عـن ارتفاع الأسعار الذى حدث نتيجة تدخل الإدارة سواء بصـورة مباشـرة أو غير مباشرة ، كأن تشترى كميات كبيرة من السلع محل التعاقد مما يسـهم فى رفع الأسعار .

٢- صدور عمل الأمير فى صورة إجراء عام :

فى الحالة السابقة كانت صورة عمل الأمير إجراء يصدر فى نطاق العقد أو فى محيطه الخارجى ويؤثر فى نصوص العقد ذاتها أو فى ظروف تنفيذه. أما الصورة الماثلة هنا فهى صدور إجراء عام ،ويعنى ذلك صـدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة قد تؤدى إلى الإخـلال بمركـز المتعاقد معها ويضر مصالحه كأن تزيد من أعبائه أو تنقص منافعه .

ولم تكن هذه الصورة محل اتفاق الفقه على أحقيـة المتعـاقد مـع الإدارة فى الحصول على تعويضات ، على اعتبار أنها تطبيق لنظرية عمل

---

(١) C.E,3 Avril 1903 , - Mistral - Res .. p . . 305

الأمير . وذلك بدعوى أن هذه الإجراءات العامة تشمل جميع المواطنين فى الدولة ولا تخص المتعاقد مع الإدارة . وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسى فى بعض أحكامه . فقد ذهب فى حكمه بتاريخ ٩ مارس ١٩٢٨ إلى أن الإجراء العام الذى لا يوجه مباشرة إلى المتعاقد وأصابه بضرر لا يعوض بشرطين : الأول : أن يكون غير متوقع وهنا تطبق نظرية الظروف الطارئة لا نظرية عمل الأمير . أما الثانى فهو أن ينص فى العقد على تعويضه ، وفى هذه الحالة يستحق المتعاقد التعويض تطبقيا للنص العقدى .

على أن جانبا آخر من الفقه يرى أن نظرية عمل الأمير تطبق فى حالة الإجراءات العامة التى تمس المتعاقد مع الإدارة وتسبب له الضرر . وقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى بعض أحكامها القليلة فى هذا المجال إلى أن « .. نظرية عمل الحاكم تستلزم صدور إجراءات عامة من جانب السلطات العامة »[١] .

كما ذهبت فى حكم آخر إلى أنه « يشترط لقيام الحق فى التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص »[٢] .

والإجراء العام قد يؤدى إلى تعديل شروط العقد وقد يؤثر فى ظروف تنفيذه .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢ يونيه سنة ١٩٥٣ ، المجموعة السنة ٧ ص ١٣٩٧ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى فى حكمها فى ٣٠ يناير ١٩٥٥ المجموعة السنة ٩ ص ٢٦٨ .

فمن ناحية أولى : قد يؤدى الإجراء العام إلى تعديل شروط العقد إما بزيادة التزامات المتعاقد مع الإدارة فيؤدى إلى خسارته وإما بإنقاصها فيؤدى إلى الإقلال من أرباحه .

ومن أمثلة هذه الحالة صدور قانون يقلل من نفقات الدولة مما أثر على التزاماتها التعاقدية . كما فى حكم مجلس الدولة الفرنسى والذى صدر فى ٢٨ ابريل ١٩٣٨ حيث صدر مرسوم يقضى بخفض نفقات الدولة بنسبة ١٠% مما أدى إلى أن تخفض الدولة نسبة الأقساط التى تلتزم بدفعها إلى المتعاقد معها فى عقد التزام مرفق سكك حديد بذات النسبة . وتظلم المتعاقد مع الإدارة من هذا الخفض فحكم له مجلس الدولة بالتعويض استناداً إلى توافر شروط نظرية عمل الأمير(١) .

على أنه إذا حدد المشرع فى إجرائه العام قانوناً كان أو لائحة طريقة تعويض الأضرار التى تنتج عنه وحدوده . فإن القضاء يلتزم بذلك أيا كانت قيمة هذه التعويضات .

ومن ناحية ثانية : فقد يصدر الإجراء العام لكنه لا يمس شروط العقد ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذ العقد الخارجية ، كأن يجعل التنفيذ أكثر مشقة وكلفة للمتعاقد مع الإدارة . وتعويض المتعاقد فى مثل هذه الحالة يعتبر من قبيل الاستثناء استناداً إلى نظرية عمل الأمير . وإن جاز التعويض فيها استناداً إلى نظريات أخرى .

---

(١) C.E, 28 Avril 1939, Chemins Defer de ouest Rev , R.D.P. 1940 p . 58 not jez .

الشرط الثالث : أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد :

يجب أن يترتب على الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة ضرر للمتعاقد معها . فلو لم يترتب عليه مثل هذا الضرر فإنه لا يستوجب البحث فى تعويض المتعاقد مع الإدارة . وفى نطاق نظرية عمل الأمير لا يشترط فى الضرر الذى يتحقق لهذا المتعاقد أى قدر من الجسامة ، فقد يكون جسيما وقد يكون يسيراً . ويستوى أن يتمثل هذا الضرر فى زيادة أعباء المتعاقد ، أو فى الانقاص من أرباحه التى أراد الحصول عليها من وراء تعاقده مع الإدارة . فهذا الضرر هو الذى يؤدى إلى اعتلال العلاقة بين المتعاقد والإدارة واختلالها مما يستدعى ضرورة تحقيق نوع من التوازن المالى بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى لا يفقد حماسه فى تنفيذ العقد بما يعود بالضرر على سير وانتظام المرفق .

ويجب أن يكون الضرر خاصاً ، أى يصيب المتعاقد مع الإدارة وحده بالضرر ، فإن كان الضرر يصيب العموم فلا وجه لانطباق نظرية عمل الأمير ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ « .. ومن حيث أنه لما سبق ونظراً لأن الثابت من الأوراق أن الزيادة التى طرأت فى أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة وهى مديرية الإسكان بمحافظة سوهاج هذا فضلاً عن أن الضرر الذى تدعيه الشركة نتيجة زيادة الأسعار ليس ضرراً خاصا بتلك الشركة بحسبان تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات سواء فى النطاق الإدارى أو نطاق تعاملات الأفراد وبالتالى فلا تكون شروط انطباق نظرية

عمل الأمير متحققة بالنسبة للنزاع الماثل الأمر الذى يتعين معــه القضــاء برفض هذا الطلب »[١] .

الشرط الرابع : تفترض نظرية عمل الأمير عدم خطأ الإدارة :

فالإدارة حين اتخذت الإجراء الذى أدى إلــى الإضــرار بمركــز المتعاقد معها ، لم تخطىء ، فنظرية عمل الأمير تفترض عدم خطــأ الإدارة فإذا ثبت خطأ الإدارة فإن مسئوليتها تكون مسئولية عقدية .

فالرابطة العقدية لا تقيد الإدارة باعتبارها سلطة عامة تهدف إلــى تحقيق المصلحة العامة . وعليها أن تتخذ كل الإجراءات التى تحقق ذلــك حتى لو ترتب عليها اختلال الروابط العقدية التى تربطها بمن يتعاقد معها .

الشرط الخامس : يجب أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع :

ويعتبر هذا الشرط عاماً فى جميع النظريات التى تسعى إلى إقامــة التوازن المالى فى العقد الادارى وهى إلى جانب نظرية عمل الأمير نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . فإذا كان هــذا الإجراء متوقعاً فى إطار نصوص العقد الصريحة ، أو ما تؤول إليه مــن تفسير ، فإن الأمر لا يخرج عن تفسير العقد وتطبيق نصوصه ولا حاجــة إذن لنظرية عمل الأمير .

وقد فصلت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتــاريخ ٣٠ يونيــه سنة ١٩٥٧ هذا الشرط كما يلى : « .. ومن شروط تطبيق نظريــة عمــل

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ ق الموسوعة الجزء - ٤٩ ص ١٧٧ .

الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد ، فإذا ما توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقـــد وهو مقدر لهذه الظروف ، الأمر الذى يترتب عليه تعـــذر الاســـتناد إلـــى نظرية فعل الأمير »[1] .

٣- الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير

يترتب على نظرية عمل الأمـــير جـــبر الأضـــرار التـــى لحقـــت بالمتعاقد مع الإدارة وذلك بتعويضه . ويعتبر الحصول علـــــى التعويـــض النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير ، على أن هناك نتائج أخرى فرعيـــــة كما يلى :

١- للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزامه بتنفيذ العقـــد إن ترتـــب على الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية استحالة التنفيـــذ ، كـــأن تصدر الإدارة قراراً بإلغاء استيراد سلعة معينـــة يتعـــهد المتعـــاقد بتوريدها .

٢- حق المتعاقد مع الإدارة فى أن تعذره فى حالة تأخره عـــن تنفيـــذ التزاماته الناتج عن الإجراء الذى صدر عن الإدارة ، ويترتب على ذلك عدم تحصيل الغرامات التى تترتب على التأخير فـــــى تنفيـــذ العقد .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى - بتـــاريخ ٣٠يونيـــه ١٩٥٧ - ق ٩٨٣ لســـنة ٧ ق - سابق الاشارة إليه .

٣- حق المتعاقد فى فسخ العقد إن ترتب على عمل الأمير استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته فى العقد الإدارى .

٤-على أنه يبقى أن التعويض هو النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير.

فإذا تحققت شروط نظرية عمل الأمير فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق فى هذه الحالة تعويضا كاملا . وهو يشمل ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة . فالتعويض يشمل كافة النفقات والمصاريف الإضافية التى تكبدها المتعاقد معها ، وكذلك يشمل ما كان يتوقع أن يجنيه المتعاقد من أرباح. وفى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ حددت محكمة القضاء الإدارى قواعد هذا التعويض بقولها : « إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالى للعقد ... أنه إذا لم يكن مقداره متفقا عليه فى العقد ، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره . بل يقدره قاضى العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد ، فلا تطبق عليه شروطه . ولتعبير « عدم التوقع فى هذه الخصوصية » معنى خاص بها وهو أن التكاليف الزائدة التى تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة مادام أنها ليست جزءاً من الاتفاق ، بمعنى أنه لا يقابلهما فى شروط العقد أى تقدير . والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة فى القانون الإدارى فى هذا الشأن وهو يشمل عنصرين : الأول : ما لحق المتعاقد من خسارة ، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التى أنفقها المتعاقد . وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه ومثال ذلك إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال ،

فإن ذلـــك قـد يـؤدى إلـى زيـادة التكـاليف بدفـع أثمـان مرتفعـة أو زيـادة فـى أجـور الأيـدى العاملـة . كمـا أنـه مـن الجـائز أن يـترتب علـى تعديـل العقـد أثنـاء تنفيـذه خسـائر متنوعـة . والثـانى : مافـات المتعـاقد مـع الإدارة مـن كسـب اعتبـاراً بـأن مـن حقـه أن يعـوض عـن ربحـه الحـلال عـن عملـه ورأس ماله »[١] .

ثانيا : نظرية الظروف الطارئة ؛ Théorie de l'imprevision :

١- مفهوم النظرية :

إذا كانت نظريـة عمـل الأمـير تحقـق التـوازن المـالى فـى العقـد الإدارى فـى مواجهـة إجـراءات صـدرت مـن جهـة الإدارة المتعـاقدة ، ونتيجـة لظـروف صنعتـها وأثـرت علـى تنفيـذ العقـد الإدارى بـأن يصبـح مرهقـا للمتعـاقد معـها . فـإن نظريـة الظروف الطارئة تحقق هذا التوازن فى مواجهـة ظـروف ليسـت مـن صنع الإدارة .

فنظرية الظـروف الطارئـة تواجـه ظروفـا وحـوادث غـير متوقعة عند إبرام العقد تؤدى إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة أو بمعنى آخر فإنها تؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد . وتؤدى إلـى خسارة للمتعاقد غير محتملة . ففى مثل هذه الحالـة مـن حـق المتعـاقد

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ سابق الذكر .

مـــع الإدارة أن يطالبـــها بتعويضـــه جزئيـــا عـــن هذه الخسارة[١] .

(١) ونظرية الظروف الطارئة أنشأها مجلس الدولة الفرنسى وصاغ مبادئـــها . وفـــى مصر نصت المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على الأخذ بـــهذه النظرية فى إطار عقد الالتزام كما يلى « إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت إلـــى الإخـــلال بـــالتوازن المالى اللازم أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدراً وقت منـــح الالـــتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعـــدل أركـــان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فـــى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول » . ويمثل هـــذا النـــص أساساً تشريعياً للأخذ بنظرية الظروف الطارئة فى مصروإن اقتصر الأمر علـــى نطاق عقد الالتزام . ثم بعد ذلك نص عليها القانون المدنى فى المادة ١٤٧ منـــه كما يلى :

١- العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفيـــن أو للأسباب التى يقررها القانون .

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعـــها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبـــح مســـتحيلا جاء مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة جاز للقاضى تبعا للظـــروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلـــى الحـــد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك » .

وبهذا النص التشريعى أصبح تطبيق نظرية الظروف الطارئـــة شـــاملاً العقـــود الإدارية والمدنية على السواء .

٢- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

هذه النظرية تتطلب توافر شرطين : يتعلق الأول بالظروف الطارئة التى تحدث ، والثانى يتعلق بمدى تأثير هذه الظروف على اقتصاديات العقد . وسوف نبحث كلا منهما كما يلى :

أ - حدوث ظرف طارئ :

وحدوث هذا الظرف الطارئ هو الشرط الأساسى الذى يبرر اللجوء إلى هذه النظرية والتى سميت به . ونعنى به الحادث الذى يطرأ خلال تنفيذ العقد فيؤدى إلى اختلال واضطراب فى شروطه التى اتفق عليها المتعاقدان بما يجعل التزامات أحدهما أكثر مشقة وتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده لها دفعا .

ويثور التساؤل فى إطار هذا الشرط عن طبيعة الظرف الاستثنائى ووقت وقوعه .

طبيعة الظرف الاستثنائى : هل يشترط فيه أن يكون من طبيعة اقتصادية ؟ . هذا ما ذهب إليه البعض تأسيسا على تحديد مجال نظرية الظروف الطارئة بالعمل على درء المخاطر الاقتصادية التى يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة . أما نظرية عمل الأمير فتواجه المخاطر الإدارية ويبقى بعد ذلك المخاطر الطبيعية والتى تواجهها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

على أن الفقه الحديث رغم تسليمه بالأسس التى ينهض عليها هذا التقسيم فأنه ينطلق نحو توسيع نطاق الظرف الطارئ ليشمل كل الأسباب التى تؤدى إلى اختلال العلاقة الاقتصادية فى العقد ، ويؤدى إلى أن يصبح

الإصرار على تنفيذه بصورته إرهاقاً للمتعاقدين مع الإدارة . وعلى ذلك فكل حادث طارئ يؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالا جسيما يمكن أن يؤدى إلى تطبيق هذه النظرية .

وعلى ذلك فإن الظرف قد يكون اقتصادياً ، وقد يكون طبيعياً وقد يكون من عمل جهة إدارية غير الجهة العاقدة .

وهو ما تقضى به أحكام القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر .

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٧٧/١٢/١٦ إلى أن « نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد » .

وهو ما يسير عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فقد اعتبر من قبيل الظروف الطارئة الإجراءات التى تصدر عن سلطات الدولة المختلفة مثل القوانين واللوائح ، كالقوانين التى تزيد فى الضرائب القائمة أو تفرض ضرائب جديدة . أو قوانين التعامل بالنقد لتخفيض سعر العملة أو منع التعامل بعملة معينة .

وقد يكون هذا الظرف من الظواهر الطبيعية ، كقيام الحرب أو الكوارث الطبيعية . وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧[١] « لا شبهة فى أن قيام الحرب يعتبر من

---

(١) سبق ذكره .

الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التى لم يكن فى الوسع توقعها والتـــى يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقا وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه فى تحمل النتائج المترتبة على ازديـــاد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف » .

ومما سبق يتضح سعة الظروف الطارئة وتنوعها ، فمن الصعـــب تحديدها بقالب محدد .

ومن ناحية ثانية : فإن وقت وقوع الظرف الاســـتثنائي يجـــب أن يكون قبل تمام العقد وخلال تنفيذه . فأما عن اشتراط وقوعه بعد إبرام العقد فذلك أمر منطقى . فإذا وقع الحادث الطارئ قبل إبرام العقد فإن الطـــرف الذى يريد إبرام العقد مع الإدارة يستطيع أن يمتنع عن ذلك . فإذا ما قبـــل إبرامه مع وجود هذا الحادث فلا يكون طارئاً ، ومن ثـــم لا تطبـــق هـــذه النظرية.

وعلى ذلك يشترط أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وقبـــل تمامه بطبيعة الحال ، لأن تمام تنفيذ العقد يؤدى إلى انتهاء العقد .

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة تطبق علـــى جميـــع العقـــود الإدارية فإن تطبيقها فى العقود الإدارية الكبرى الالتزام والأشغال العامـــة والتوريد أكثر ، وذلك لأن هذه العقود فى الغالب تتطلب وقتاً طويـــلاً فـــى تنفيذها .

ويجب أن يتوافر فى الظرف الطارئ شرطان أساســـيان : يتعلـــق الأول : منهما بضرورة أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه . أما الثـــانى : فيجب أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد . وذلك على التفصيل التالى :

١- ضرورة أن يكون الظرف الطارئ أمراً منطقياً ولا يمكن دفعه :

واشتراط عدم توقع الظرف الطارئ أمر منطقى . وذلـــك أن كـــل علاقة تعاقدية لا تخلو من مخاطر متوقعة قد تؤثر على مركز طرفيـــها أو تغير من حساباته . فهذه المخاطر التى يمكن حدوثها كالزيادة المعقولة فـــى الأسعار لا يمكن أن تكون ظرفاً طارئاً ، مما يبرر التدخل بتعويضه عمـــا أحدثته هذه المخاطر . فضلا عن أن هذه المخاطر لا يمكن لها أن تـــؤدى إلى قلب أو تغيير فى المعادلة الاقتصادية للعقد الإدارى .

وعلى ذلك فإن الظرف الطارئ الذى تتطلبـــه نظريـــة الظـــروف الطارئة يعنى الظرف الذى لم يكن فى حسابات المتعاقد حين أبرم عقده مـــع الإدارة ، كالحرب والكوارث الطبيعية أو قرار الحكومة بمنع استيراد سـلعة يلتزم بتوريدها ، أو تخفيض قيمة العملة ، فكل هذه ظروف طارئة لم تكـــن فى حسابات المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد .

وفى تحديد هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا فـــى حكمـــها بتاريخ ٩ يونيه ١٩٦٢ « إن الارتفاع الباهظ فى أسعار الزئبق ، إن صـــح أنه كان متوقعاً بالنسبة إلى العقد الثانى ، فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن فـــى الوسع توقعه لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلـــى العقـــد الأول جنيه و ٦٠٠ مليم بالنسبة للكيلو فأصبح وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثانى ٢ جنيه و ٨٨٠ مليما ثم أصبح وقت الشراء ٤ جنيـــه و ٥٠ مليمـــا ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة .. »[١] .

وعلى ذلك فإن توقع المتعاقد مع الإدارة مجرد حـــدوث الظـــرف الطارئ لا يمنع من انطباق نظرية الظروف الطارئة فى حالة ما إذا كـــان

(١) سابق الإشارة إليه .

هذا الحدوث قد بلغ مدى بعيداً .وفى ذلك ذهب قسم الــرأى مجتمعــا فــى فتواه إلى أنه « يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيــه المصرى بالنسبة إلى الدولار حادثا استثنائيا عاماً فى حكم المــادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى ، إذ لم يكن فى وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد . ومع التسليم الجدلى بأنه كان مفروضا علــى المتعــهد أن يتوقــع التجــاء الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به . من ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره فى التوازن المالى للعقد قد جاوزت ما كــان مفروضــاً أن يتوقعــه المتعهد حين العقد ، وفى الحالين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجــراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر أن يشاركه فى تلك الخسائر بالقدر الذى يحد منها ويردها إلى الحــد المعقول »[١] .

٢- أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد :

فيجب لكى يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض أن تكون العلاقــة بينه وبين الظرف الطارئ الذى أصابه بالضرر مقطوعة تماما . فإذا كــان ثمة ارتباط بينه وبين حدوث هذا الظرف على أى وجه فإن هذه النظريــة وما ترتبه من آثار لا تنطبق فى هذه الحالة .

فإذا تسبب المتعاقد فى حدوث هذا أو شارك فى إحداثه كأن تــأخر فى تنفيذ التزامه أو أهمل فى ذلك فإن حدوث هذا الظرف الطارئ لا يستتبع تعويض المتعاقد بناء على نظرية الظروف الطارئة .

---

(١) فتوى قسم الرأى مجتمعا بمجلس الدولة - بتاريخ ١٩٥٧/٧/١٧ - الموســوعة - رقم ٣٦٠ ص٨٩٦.

الشرط الثانى : مدى تأثير الظرف الطارئ على العقد الإدارى :

لا يكفى حدوث الظرف الطارئ حتى يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض ،وإنما يجب أن يؤدى هذا الظرف إلى قلب اقتصاديات العقد على حد تعبير محكمة القضاء الإدارى .

فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا إذا أصبح استمرار المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد أشبه بالكارثة التى أحاطت به من كل جانب . فلا يكفى أن يفقد ما عساه أن يجنيه من أرباح كلها أو بعضها ، وإنما علاوة على ذلك أحاطت به خسارة ماحقة تؤدى إلى الإضرار بموقفه المالى مما يؤثر على استمراره فى تنفيذ العقد الإدارى .

وعلى ذلك فإن هذا الظرف الطارئ يؤدى إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا إرهاقاً شديداً للمتعاقد مع الإدارة . وقياس مدى تأثير الظرف على اقتصاديات العقد إنما يقاس بقدرة المتعاقد على تحمل هذه الخسائر أو عدم تحملها فهو ليس معياراً جامداً . بل يختلف تطبيقه من متعاقد إلى آخر فثمة ظرف طارئ يؤدى إلى الإضرار بمتعاقد ويرهقه إرهاقاً شديداً ، وفى حالة أخرى قد لا يؤدى نفس الظرف إلى ذات النتيجة .

وهذه المعانى أشارت أحكام القضاء الإدارى فى مصر إليها فى كل أحكامها . فها هى محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ١٩ يونية سنة ١٩٦٠ تنص على أن « مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً بأن تكون الخسارة الناشئة عنه والتى تلحق بالتعاقد فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية . بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر فى مجموعه أو انحصر كل أثر

للظرف الطارئ فى تفويت فرصة الربح على المتعاقد ، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية .. »[١] .

٣- آثار نظرية الظروف الطارئة :

تنهض نظرية الظروف الطارئة على فكرة جوهرية ، وهى اعتراض تنفيذ العقد طارئاً - بالشروط التى سبق وحددناها - يؤدى إلى أن تصبح التزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقة له وتؤدى إلى خسارته خسارة فادحة .

فى هذه الحالة يجب على الإدارة أن تشارك المتعاقد معها فى خسارته وتتحمل جانبا منها . وعلى ذلك فهى لا تقدم تعويضا كاملاً عن خسارته بمقتضى الظرف الطارئ . وإنما هى تقدم له عونا مؤقتا يقيل عثرته ويعينه على أداء التزاماته العقدية . فضلاً عن أن إعمال هذه النظرية لا يؤدى إلى انتهاء التزامات المتعاقد . فعلى الرغم من الصعوبة التى تنتج عن وجود الظرف الطارئ فإن التزامات المتعاقد مع الإدارة تظل ممدودة غير مقطوعة . وذلك على التفصيل التالى :

١- استمرار المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية :

تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لا يؤدى إلى توقف المتعاقد مع الإدارة عن أداء ما يترتب على العقد من التزامات . فعلى الرغم من حدوث هذه الظروف الطارئة وغير المتوقعة والتى لم يكن له علاقة بها ، فإن

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ١٩ يونيه ١٩٦٠ - المجموعة - س ١٤ ص ٢٦١ .

استمرار تنفيذ العقد أمر لازم . وكل ما يستطيع أن يطالب به جهة الإدارة هو أن تشاركه تحمل بعض جوانب هذه الخسارة التى لحقت به .

وعلى ذلك فإن توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد فى ظل وجود الحوادث الطارئة يمثل خطأ عقدياً تستطيع الإدارة بمقتضاه أن تنزل عليه الجزاء المناسب . فضلاً عن أن توقفه عن تنفيذ التزاماته يمنعه من الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة . أو يقلل من نسبة التعويض التى يمكن أن يحصل عليها ، وذلك نظراً لخصم المبالغ المستحقة عليه كغرامات تأخير من قيمة ما يستحقه من تعويض ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونيه ١٩٦٢ . كما يلى « إن مقتضى نظرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة فى هذه الخسارة ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليماً ، ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنها عند الشراء على حسابها ، كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وفقاً لأحكام لائحة المخازن والمشتريات وأنه يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التى أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجىء فى أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه »[١] .

وإذا كانت المحكمة الإدارية العليا قد أقرت فى هذا الحكم إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، على الرغم من توقف الشركة المتعاقدة عن تنفيذ العقد . مع خصم غرامات التأخير المستحق عليها من مبلغ التعويض المستحق لها نتيجة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

---

(١) سبق الإشارة إليه

وعلى خلاف ما سبق قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فتواها بتاريخ ١٩٨٠/٢/٦ : « فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءا منه فإن دواعى تطبيق الظروف تختلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر فى التنفيذ حتى يحتفظ بحقه فى المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط أعمالها .. » .

٢- حق المتعاقد فى الحصول على تعويض :

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فإن الأمر يقتضى من جهة الإدارة المتعاقدة أن تشاركه جزءا من الخسارة التى لحقت به من جراء الحادث الطارئ .

ويحكم آثار نظرية الظروف الطارئة – فى إطار عقود القانون الخاص – نص المادة ١٤٧ من القانون المدنى والتى ترتب عليها ما يلى « .. جاز للقاضى ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » .

وعلى ذلك فإن للقاضى المدنى أن يعدل فى نصوص العقد ؛ تلبية لما أحدثته نظرية الظروف الطارئة من اختلال . فله أن ينقص التزام الطرف الذى أصابه الضرر أو يزيد فى التزامات الطرف الثانى .

وهذه السلطة الواسعة المخولة للقاضى المدنى لم يسلم بها أبدا للقاضى الإدارى . فأيا كانت تأثيرات الظروف الطارئة على النصوص التى يحتويها العقد الإدارى فإن سلطة القاضى الإدارى تنحسر عنها ومن ثم فهو لا يستطيع أن يغير فيها أو يعدل فيها بالزيادة أو النقصان . وكل ما هو له أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بتعويض يجبر جزءا من خسارته . دون أن

يكون له حق تعديل الالتزامات العقدية . وهو ما قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ « .. ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى لحقت به طوال فترة الظرف الطارئ ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى واستدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه ، ويقتصر دور القاضى الإدارى على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية »[1] .

ويثور التساؤل عن كيفية حساب التعويض إعمالا لنظرية الظروف الطارئة .

سبق أن عرفنا : أن التعويض الذى يترتب على نظرية عمل الأمير هو تعويض كامل يشمل ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب وما لحقته من خسارة . أما التعويض المترتب على نظرية الظروف الطارئة فهو فى حقيقته معاونة تقدمها الإدارة للمتعاقد معها حتى تقيل عثرته وتخفف من خسارته ، لكى يستطيع أن يستمر فى تنفيذ التزاماته , وعلى ذلك فإن التعويض فى ظل هذه النظرية يوزع بين طرفى العقد ، على أن هذا التوزيع لا تحكمه قاعدة ثابتة وإنما يراعى فيها القاضى مقتضى الحال وظروف العقد والمتعاقد . والقدر الذى يلزم من التعويض حتى لا يتوقف تنفيذ العقد.

وفى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا : « .. وأن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها

(١) المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ الطعنين رقم ١٥٦٢ لسنة ١٠ ق ، ٦٨ لسنة ١١ ق – الموسوعة جـ ١٨ ص ٨٩٢ .

فى هذه الخسائر ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى تنفيـذا سـليما ، ويسـتوى أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه أو تقوم به جهة الإدارة نيابـة عنـه عنـد الشراء على حسابه .. ومن حيث أنه فى ضوء ما تقـدم يحـق للطـاعن المطالبة بتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على حالتـه ، والمحكمـة وهى تطبق هذه الأحكام على وقائع الدعوى المطروحة ، تضع فى اعتبارها ، أن الزيادة فى أسعار الشعير الذى اشترت به جهة الإدارة هذا المحصـول على حساب الطاعن لم تكن باهظة إذ بلغ فرق السعر حوالى ١,٥٠٠ عـن كل أردب ومن ثم فلا مجال لتطبيق الأحكام المشار إليـها بالنسـبة إلـى شراء المحصول أما بالنسبة إلى التبن فإن الزيادة فى الأسعار قد بلغـت ٢٠ جنيها فى الحمل . وبمراعاة الظروف والاعتبارات السـابق بيانـها تـرى المحكمة حقا وعدلا . أن تشارك جهة الإدارة الطاعن فـى هـذه الزيـادة مناصفة بينهما .. »[١] .

ثالثا : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعـة Théorie De Sujétions imprevues

١- مفهوم النظرية :

تنهض نظرية الصعوبات المادية غـير المتوقعـة علـى أسـاس مواجهة المتعاقد مـع الإدارة أثنـاء تنفيـذه التزاماتـه العقديـة لمشـاكل وصعوبات مادية استثنائية لم يكن له أن يتوقعها حين أبرم العقد .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٨٤/١/٢١ – الطعن رقم ٨٧٧ لسـنة ٢٧ ق – الموسوعة الإدارية الحديثة – جـ ١٨ – ص ٩٠٩ .

ولا يشترط أن تؤدى هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ المتعاقد التزاماته مستحيلا . وإنما يكفى أن تؤدى إلى جعل هذا التنفيذ مرهقا له ومكلفا بصورة لم يتوقعها أثناء إبرام العقد . وترتب هذه النظرية ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات - بوصفها السابق - من أضرار تعويضا كاملا .

وتجد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مجال تطبيقها الرئيسى فى عقود الأشغال العامة .

وفى حكمها بتاريخ ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ أجملت محكمة القضاء الإدارى أحكام هذه النظرية كما يلى « الصعوبات غير المتوقعة من النظريات التى ابتكرها الفقه والقضاء الإدارى ومن مقتضياتها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية ، وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ، فيجب - من باب العدالة - تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التى تحملها اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها فى العقد لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه نية الطرفين المشتركة . والتعويض هنا لا يتمثل فى معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التى يتحملها المقاول بدفع مبلغ اضافى له على الأسعار المتفق عليها . وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التى تطبق بسبب ظروف سياسية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالى ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة . كما تختلف أيضا

عن حالة القوة القاهرة فى أنه يكفى فى حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسرا وأكثر تكلفة ، فى حين أنه فى حالة القوة القاهرة يجب أن يصبح التنفيذ مستحيلا . كما أنه يترتب على القوة القاهرة إما وقف التنفيذ أو فسخ العقد . أما فى حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يفترض على العكس الاستمرار فى التنفيذ بسبب هذا الوضع الخاص للنظرية »(١) .

٢- شروط تطبيق النظرية :

لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون هذه الصعوبات مادية وذات طبيعة استثنائية لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يتوقعها وذلك على الوجه التالى :

١- أن تواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية :

الصعوبات المادية تكون فى الأغلب صعوبات طبيعية لم تكن فى حسابات المتعاقد وقت إبرام العقد ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أكثر إرهاقا وأكثر كلفة عما قدره وأبرم العقد بناء عليه .

ففى نطاق عقد الأشغال العامة تتبدى هذه الصعوبات فى عدم صلاحية الأرض محل الاشغال العامة كأن تكون الأرض صخرية أو غير صالحة للبناء عليها أو تحتاج إلى تجهيزات أكثر كلفة مما قدره العاقدان وقت ابرام العقد . وفى هذه الحالات تكون الصعوبات المادية صعوبات

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى : فى ١٩٩٧/١٢/٢٠ القضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ ق المجموعة س ١١ ص ١٥٢ .

طبيعية . على أن ذلك لا ينفى أن تنشأ هذه الصعوبات بفعل إنسان أجنبى عن العقد .

ولكى تبرر هذه الصعوبات المادية حصول المتعاقد على التعويض يجب ألا تحدث بفعل أحد المتعاقدين . فضلا عن ضرورة أن تكون استثنائية وغير متوقعة .

فمن ناحية أولى : يجب ألا تحدث الصعوبات المادية بفعل أحد المتعاقدين فهى ليست من عمل الإدارة . فإن كانت هذه الصعوبات راجعة إلى عمل الإدارة فإن الأمر لا يتعلق بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وإنما يتعلق بنظرية عمل الأمير . وإن كانت هذه الصعوبات راجعة إلى فعل المتعاقد مع الإدارة أو ترتب على فعله زيادتها فإنه وحده يتحمل مسئوليتها ولا يكون ثمة ضرورة لانطباق هذه النظرية أو غيرها .

ومن ناحية ثانية : يجب أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات طابع استثنائى . فالصعوبات العادية التى تواجه المتعاقد مع الإدارة لا تستدعى التعويض عنها ، فكل علاقة تعاقدية يمكن أن تواجه بمثل هذه الصعوبات العادية . وإنما يجب أن تكون هذه الصعوبات غير عادية لا يمكن توقعها .

الشرط الثانى : أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة :

يجب أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة ؛ فتنفيذ العقد ينطوى على بعض المخاطر والصعوبات التى يجب على المتعاقد مع الإدارة مواجهتها وتحمل تبعاتها . فالصعوبات التى تستدعى أن تعوضها الإدارة يجب ألا تكون متوقعة بل يجب أن تكون مفاجئة للمتعاقد . فإن كان ثمة إمكانية لتوقعها ببعض الجهد أثناء التعاقد فلا محل لانطباق هذه النظرية .

وهو ما تؤكده محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/١/٢٠ (سابق الإشارة إليه) حيث تقول : « .. ومن حيث إنه فضلا عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس فى الوسع توقعها . هذا الشرط ينطوى إلى حد كبير على معنى المفاجأة فى صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للشروط أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة فى تسيير المرفق العام المتعاقد بشأنه .. » .

وهو ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا فى حكمها فى ١٩٩٧/١٢/٣٠ (سابق الإشارة إليه) « .. ومن حيث إنه لما سبق وكانت الإدارة حسبما سلف لم تنف وجود اختلاف فى طبيعة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الإضافية عن طبيعة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الأصلية والتى كانت محلا للعقد الأصلى كما وأن الثابت من تقرير الخبير الذى ندبته محكمة القضاء الإدارى أن الأتربة المتولدة عن الحفر بالنسبة للأعمال الإضافية تختلف اختلافا جوهريا عن الأعمال الأصلية – وأن حجم الأتربة التى قام المطعون ضده بنقلها بمناسبة تنفيذ الأعمال الإضافية يجاوز نسبة ٢٥% من قيمة الأعمال الأصلية .. ونظرا لأن الإدارة لم تقدم ما يفيد أن المطعون ضده قام بمعاينة الأرض محل الأعمال الإضافية أو أن الإدارة بنفسها كانت تعلم باختلاف طبيعة الأرض بالنسبة للأعمال الإضافية عن الأعمال الأصلية كما وأنه حسبما سلف لا يمكن القول بامتداد الإقرار الصادر من المطعون ضده بمعاينة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال

الأصلية إلى الأعمال الإضافية – وبالتالى يكون الثـــابت مـــن الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفى العقد ... » .

وتعتبر الصعوبات غير المتوقعة حتى لو تم فى العقد التنبيه علـــى طبيعة التربة وإنها قد تكون مختلفة وبها صعوبات .

فإن هذا التنبيه إنما يحمل على الصعوبات التى تطرأ علـــى تنفيــذ العقد فى الحدود المعقولة . وهو ما ذهبت إليه فتوى مجلس الدولـــة « .. لا يصح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسئولية هيئة قناة السويس عــــن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة ، كتلك التى صادفتها متمثلة فى زيادة حجم التربة الصلبة أضعافا مضاعفة تجاوز كل مـــا كـــان مقدرا على أساس الاختبارات التى جرت بمعرفة المقـــاولين قبـــل التعـــاقد وبمعرفة الهيئة . وذلك أن القول مردود بأن ما جـــاء فـــى العقـــد وفـــى الشروط فى خصوص التنبيه إلى طبيعة التربة وإلى ما تحتويه من صخـــور صلبة ، ونحو ذلك يحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئة عما يصادفـــه من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك فى الحـــدود المعقولـــة التى يصل إليها التقدير العادى للأمور مبنيا على الاختبـــارات والبحـــوث الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير ، أما ما جاوز هذه الحـــدود ، مما يكون تم التسليم بأنه لم يكن ليخطر ببال أى من المتعاقدين أو مالم يكن فى مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد فإن تفسير العقد على أساس النيـــة المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات يقتضى القـــول

بأنه مما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين لأمر بديهى هـــو أنـــهما لـــم يكونـــا يتوقعانه »[١] .

الشرط الثالث : أن يترتب على هذه الصعوبات ضرر للمتعاقد مع الإدارة :

فيجب أن يترتب على وجود هذه الصعوبات المادية – بأوصافــــها السابقة – ضرر للمتعاقد . فمثل هذا الضرر هو الذى يبرر إلـــزام الإدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها . فلو فرضنا جدلاً أن المقاول يملـــك أجـــهزة متطورة تستطيع أن تتغلب على الصعوبات المادية التى يمكن أن تقابلـــه . فإن ذلك لا يستدعى تطبيق النظرية .

والضرر المتصور حدوثه فى إطار تواجد هذه الصعوبات الماديـــة غير المتوقعة هو ارتفاع تكاليف العملية أو زيادة الأسعار بصورة لم تكـــن متوقعة . ويترتب عليه زيادة نفقات الأسعار المتفق عليها فى العقد وتزيـــد من أعباء المتعاقد ، أما إذا كانت الزيادة لا تخل باقتصاديات العقد ولا تؤدى إلى إرهاق المتعاقد مع الإدارة لا تستوجب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وفى ذلك ذهبت الجمعية العمومية للفتوى فى فتواهـــا رقـــم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٤/٢ سالفة الذكر . إلى أن « تحديد الزيادة مسألة فنيـــة وذلك مع مراعاة أن يؤخذ فى الاعتبار فى هـــذا المقـــام أن كـــل زيـــادة لا يكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد ولا يؤدى تبعا إلـــى وضـــع الشركة فى مركز غير ذلك الذى يمكن توقعه عند التعاقد ويكون من شـــأنه قلب اقتصاديات العقد – لا مجرد اعتبار تنفيذه مما يرهق الشـــركة ويثقـــل

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولـــة – رقـــم ٩٥ – بتـــاريخ ١٩٦٤/٣/٤ – الموسوعة جـــ ١٨ – ص ٩١٤ .

كاهلها – كل زيادة لا تكون من شأنها ذلك يتجاوز عنها ولا تعوض الشركة عنها .. » .

٣- آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يترتب على ذلك أمران :

الأمر الأول : استمرار المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ التزاماته . فنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤثر على التزام المتعاقد مع الإدارة . فهى لا تؤدى إلى استحالة تنفيذ هذا الالتزام . ولكنها تؤدى إلى أن يصبح هذا التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفة .

الأمر الثانى : يترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة فى التكاليف أو الأسعار تعويضا كاملاً . وهى فى ذلك كمثل نظرية عمل الأمير وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة التى لا يعدو أن يكون التعويض فيها مجرد معاونة من الإدارة للمتعاقد معها .

وعلى ذلك فإن التعويض الذى يترتب على وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة هو تعويض كامل يجبر كافة المصاريف والزيادات فى الأسعار التى تكبدها المتعاقد مع الإدارة نتيجة لوجود هذه الصعوبات .

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ (سابق الإشارة إليه) « ... وبالتالى يكون الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفى العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الاضافية التى قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون

ضده خارج نطاق العقد وأن تلك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والأتربة وأنه ما كان بإمكان طرفى العقد توقعها وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض المقاول والتكاليف التى تحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها فى العقد لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة ، وإذ ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التى تحملها المطعون ضده عند تنفيذ الأعمال الاضافية بما يجاوز نسبة ٢٥% من الأعمال الأصلية – فإنه يكون قد صادف صحيح حكم القانون جديراً بالتأييد » .

يتضح مما سبق أن النظريات الثلاث التى تعمل فى إطار فكرة التوازن المالى للعقد الإدارى . وأيا كان مصدر الفعل الضار الذى يؤدى إلى اختلال اقتصاديات العقد أو تصيب المتعاقد مع الإدارة بأضرار بالغة تهدده . فإن هذا المتعاقد يجب أن يجد من يعوضه تعويضا كاملاً عن هذه الأضرار . وهو الأمر الذى يحدث وفقا لنظريتى عمل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة . أما فى نظرية الظروف الطارئة فإن التعويض الذى يستحقه المتعاقد مع الإدارة يعد تعويضا جزئيا يمثل معونة تقدمها جهة الإدارة إلى المتعاقد معها إقالة لعثرته .

وتقتضى التطورات الحديثة فى العقود الإدارية بصفة عامة وفى عقد الالتزام بصفة خاصة مثل عقود البوت وعقود الإنشاءات الدولية وغيرها من العقود التى ترتبط بنقل التكنولوجيا اللازمة للتنمية أن تتطور فكرة التوازن المالى فى العقود الإدارية إلى فكرة التعادل المالى فى العقود الإدارية . فإذا كان التسليم للإدارة بمركز متميز فى العقد الإدارى أمراً لا

مفر منه نظراً لارتباط هذا العقد بنشاط مرفق عام – على الوجه الذى سبق وبيناه – فإنه يبقى ضرورة أن تقابل هذا المركز الخاص حقوق للمتعاقد معها تعادلها .

الفرع الثالث

سلطات الإدارة فى مواجهة شركة المشروع

لعل أهم ما يميز العقد الإدارى عن العقد المدنى هو مركز الإدارة فيه . فالإدارة فى العقد الإدارى تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلاً فى عقود القانون الخاص . ويبرر ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد .

وتتمثل هذه السلطات فيما يلى :

أولا : حق الإدارة فى الرقابة .

ثانيا : حق الإدارة فى تعديل العقد .

ثالثا : حق الإدارة فى توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد .

وهذه السلطات مسلم بها فى القضاء الإدارى ، فها هى محكمة **القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ تقرر أن « القانون الإدارى .. يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد . وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته ثم سلطة تعديل العقد** من جانبها وحدها بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت – حسب مقتضيات

المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضرورى . وهى تتمتـــع بـــهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها فى العقد لأنها تتعلـــق بالنظـــام العام »[١] .

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى أحكامـــها . ومـــن ذلـــك حكمها بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٨ على أن « .. لـــلإدارة ســـلطة الإشـــراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ، ولها دائما حق تغيير شـــروط العقـــد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصـــالح العـــام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيـــه الصالح العام »[٢] .

وعلى ذلك فإن سلطات الإدارة تتميز بما يلى :

١-إنها من النظام العام فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها أو تحجم عن استخدامها إن توافرت مبرراتها . وكل اتفـــاق يمنـــع الإدارة مـــن استخدامها أو يحجم هذا الاستخدام يكون باطلا بطلانا مطلقا .

٢-إن استخدام الإدارة لهذه السلطات إنما يهدف إلى تحقيق المصلحـــة العامة والتى تتمثل فى ضمان استمرار المرفق فـــى أداء وظائفـــه بانتظام واطراد .

٣-إن الإدارة تستطيع اللجوء إلى هذه السلطات حتى ولو لـــم ينـــص عليها فى العقد . وفى كل الأحوال لا يستطيع المتعاقد معها أن يدفع

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ – سابق الإشارة إليه .

(٢) المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٨- مجموعـــة المبـــادىء س ١٣ – ص ٦٢٥ .

هذه السلطات بقاعدة القوة الملزمة للعقد أو أن العقد شريعة المتعاقدين ، فذاك غير صحيح بالمرة إن تعلق الأمر بعقد إدارى .

هذا عن الأمر فى النظرية التقليدية للعقود الإدارية وفى الحقيقة يجب التسليم بأن هذه السلطات التى تملكها جهة الإدارة قبل من يتعاقد معها فى النظرية التقليدية للعقد الإدارى مثار تخوف ، وذهب الكثيرون فى الفقه إلى القول بأن استخدام الإدارة لهذه السلطات فى الصور الجديدة للعقود الإدارية ، كالعقود الإدارية الدولية أو عقود البوت أو غيرها أمر غير مسلم به ولذلك يثور هنا تساؤل منطقى : هل يمكن فعلا فى هذه العقود أن تغل يد الإدارة عن استخدام هذه السلطات ؟ أم أن الأمر يقتضى فقط تحجيم هذه السلطات وتحديد آثارها . وتعيين كيفية اللجوء إليها وحالاته باعتبار أن ذلك دواء لا بد منه حتى ينتظم سير المرفق تحقيقا للمصلحة العامة .

فى الحقيقة نرى أن وجود سلطات الإدارة فى عقود البوت بالقدر الذى يتلاءم مع طبيعة هذه العقود ، أمر لا مفر منه ، والقول بغير ذلك إنما يؤدى إلى أن تصبح هذه العقود كارثة على مستقبل المرفق العام ، وإهدارا للمصلحة العامة . ومرد ذلك إلى طول مدة العقد الذى يمكن أن تصل إلى تسع وتسعين سنة . كيف يتسنى لنا أن نقبل فى إطار الفكر القانونى الحديث أن نجرد الإدارة من سلطاتها فى ظل عقد يمتد هذه الفترة الطويلة ؟ كيف تواجه الإدارة ما ينتج عن هذه العقود من أوضاع اقتصادية وسياسية قد تعصف بالمصلحة العامة ؟ بل قد تعرض سيادة الدولة واستقلالها للخطر .

قد يكون مفهوما ، المطالبة بأن تستخدم هذه السلطات فى إطار هذه العقود بمنطق الاستثناء الذى لا يقاس عليه ولا يتوسع فى تفسيره . فضلا عن ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة فى هذه العقود تعويضا عادلا عما

تسببه هذه التعديلات من أضرار للمتعاقد . أما القول بتجريد جهـــة الإدارة من هذه السلطات فى هذه العقود بدعوى أنها تأبى ذلك . فهو قول لا تخفـــى خطورته .

وسوف نتناول هذه السلطات التى تخولها النظرية التقليدية ومـــدى اتفاقها مع عقود البوت الـــ B.O.T . على أنه يجدر التنبيه إلـــى أن حـــق الإدارة فى توقيع جزاءات على المتعاقد معها أمر يصعـــب تطبيقـــه علـــى أساس أن هذه العقود تتضمن دائما شرط اللجوء إلى التحكيم لفض ما يثـــور بشأنها من منازعات .

وذلك على التفصيل الآتى :

أولا : حق الرقابة :

فالإدارة لها حق الرقابة ومتابعة المتعاقد معها فى تنفيذ العقد .

وحق الرقابة على المتعاقد قد يؤخذ بمعنى ضيق ، وهو يعنى مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذا صحيحا متفقا مع شروط العقـــد . وهى قد تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين مندوب عنها يشرف على تنفيذ العقد ، ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التى ينفذ بها المتعاقد التزاماته أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة .

على أن هذا المعنى الضيق للرقابة لا يخرج على القواعد العامة فى تنفيذ العقود عموما . ومن ثم فإن حق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعـــاقد معها حين تنفيذ العقد يتجاوز هذا المعنى بكل تأكيد إلى معنى أوسع وأشـــمل . فبمقتضاه تتدخل الإدارة فى التنفيذ ، ولها أن توجهه كمـــا تشـــاء وفـــق

المصلحة العامة . فلها أن تطالبه بتغيير طريقة التنفيذ أو الإسراع من معدله أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين(١) .

وحق الإدارة فى الرقابة وإن كان ثابتا لها فى كل العقود الإدارية فإن مدى استعماله قد يختلف من عقد إلى آخر . فهو فى عقد الالتزام أوسع مجالا وأرحب نطاقا . ومرد ذلك إلى أن الملتزم يقوم بنفسه بإدارة المرفق ومن ثم يحق للإدارة أن تتدخل فى كل وقت لتغيير أسلوب الملتزم فى الإدارة وطريقة تعامله مع المنتفعين بخدمات المرفق .

ونظرا لأهمية هذا الحق فى عقد الالتزام فقد نصت عليه المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ على أنه « لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية ، وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية – بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة . كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة ، وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة

(١) Vedel (Georges), Delvolvé (pierre) : droit administratif, T.I, PUF, p. 415 .

أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها رقابتها ،وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت » .

أما فى عقود الأشغال العامة فإن هذا الحق لا يكون بهذه الصرامة كما هو الحال فى عقود الالتزام ولكنه أيضا مسلم به وتنص عليه المادة ٧٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات بقولها : « يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

أما فى عقود التوريد فإن حق الرقابة للإدارة يكون أضعف ، إذ من المسلم أن الأصل هو حرية المتعاقد فى اختيار أسلوب التنفيذ فى هذه العقود على أن هذا لا ينفى إمكانية استخدام الإدارة لهذا الحق إن كان له مقتضى . فهو حق يشمل العقود الإدارية ولكن تطبيقه يختلف مداه حسب طبيعة كل عقد .

وهو الأمر الذى قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٠ : « العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع شخصى خارجى مناطه احتياجات المرفق الذى تستهدف العقود تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح

الطرفين فى العقود المدنية متوازية ومتساوية إذا بها فى العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكرة هى التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإدارى ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود »[(١)] .

وحق الإدارة فى الرقابة لا يمتد إلى تغيير شروط التعاقد وبنوده فهو غير حقها فى تعديل العقد . وعلى ذلك فهى تستخدم هذا الحق فى إطار نصوص العقد وشروطه ولا يتجاوزها إلى فرض شروط أخرى جديدة أو تعديل شروط قائمة .

وحق الرقابة – كما سبق بيانه – أمر مهم وهو فى إطار عقود البوت الـ B.O.T يعتبر أكثر أهمية لاعتبارين أساسيين :

يتمثل الأول : فى طول مدة الالتزام التى قد تصل إلى تسع وتسعين سنة . **والثانى :** فى التزام المتعاقد مع الإدارة ؛ أى شركة المشروع فى إعادة ملكية المرفق بحالة جيدة بعد انتهاء مدة الالتزام . وذلك لا يمكن أن يتحقق إلا إذا سلمنا للجهة الإدارية بحقها فى الرقابة والمتابعة لشركة المشروع فى كل مراحل تنفيذ العقد – كما سبق وبيناه – وتطبيقا لذلك فإن بعض دول امريكا اللاتينية (بيرو – البرازيل – كولومبيا – وعدد من الدول الأخرى) فى عقود البوت الـ B.O.T تشترط تعيين ممثل للحكومة ضمن مجلس الإدارة فى المرفق ، وليس له حق التصويت فيما يتعلق بالسياسات الجارية للشركة ، وإنما يختص بمراجعة ومناقشة أى توسعات رأسمالية مستقبلية وإطلاع الحكومة على تلك التوسعات ، ومراقبة

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : ١٩٥٧/٤/٢٠ الموسوعة الإدارية – جـ ١٨ – ص ٨٣٣ .

ميزانية المرفق[١] . ومراقبة عقود الصيانة ومدى كفايتها واقتراح كل ما يكفل تحقيق ذلك على الوجه الأكمل .

ثانيا : حق التعديل :

تعتبر سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص . والذى يحكمها قاعدة قانونية عتيدة تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين .

وسلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ينص عليها فى العقد دائما باعتبارها من الشروط غير المألوفة التى تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية[٢] .

ولكن التساؤل يثور حول حق الإدارة فى أن تستخدم سلطاتها فى التعديل إذا لم ينص عليها فى العقد ؟ . يذهب الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى إلى أن حق الإدارة فى تعديل شروط العقد الإدارى حق ثابت لها سواء نصت عليه فى العقد أو لم تنص عليه . ذلك أن النص على سلطة الإدارة فى التعديل يعتبر كاشفا لحقها فى ذلك لا منشئا له .

وذهب آخرون إلى إنكار ذلك على الإدارة ؛ فالقاعدة أن الإدارة لا تستقل بتعديل شروط العقد إلا إذا وجد النص على ذلك صراحة .

---

(١) حسن أحمد عبيد : بدائل نظام B.O.T فى تمويل الأشغال العامة « بعض التجارب العالمية » بحث مقدم إلى مركز التحكيم – بكلية الحقوق جامعة عين شمس – نوفمبر ٢٠٠٠ – ص ٦ .

(٢) Saroit Badaoui : le fait du prince, op. cit, p. 47 et suiv - et Vedel (Georges) , Delvolvé (Pierre) : droit administratif, PUF. T.I. p. 416 .

وفى الحقيقة نظرا لأهمية هذا الحق وضرورته لانتظام سير المرفق العام بانتظام واطراد فإن الإدارة دائما تحرص على أن تضمنه عقودها .

أما فى مصر فإن المشرع حرص فى القوانين التى نظمت المناقصات على النص عليه صراحة . وهو الأمر المستقر عليه فى نص المادة ٧٨ من قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتى تنص على : « يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك .

ويجوز فى حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة » .

ونصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن « لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استقلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به » .

ولأهمية حق الإدارة فى تعديل عقودها جاءت أحكام القضاء الإدارى مفصلة لأحكامه ، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ إذ نص على « أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة على خلاف المألوف فى معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد . وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق

هذا التعديل ، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين ؛ وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة ، تفترض مقدماً حدوث تغيير فى ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق . وأن التعاقد معها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن الإدارة وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق تلك المصلحة . ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإدارى به وضرورة الحرص على انتظام سيره »[١] .

ومن ذلك أيضاً : حكمها بتاريخ ٣ يونيه ١٩٥٧ إذ قررت أن « سلطة جهة الإدارة فى تعديل العقد أو فى تعديل طريقة تنفيذه هى الطابع الرئيسى لنظام العقود الإدارية ، بل هى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية ، مقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف فى معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين

---

(١) محكمة القضاء الإدارى ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ – سابق الأشارة إليه .

وهى من القواعد المقررة فى مجال القانون الخاص ؛ ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حصول تغيير فى ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره – تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة . وهى فى ممارستها سلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقا . ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له واشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة .. فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون فى ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر لجهة الإدارة فى التعديل .. لذلك فإنه من المقرر أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام »[١] .

وحق الإدارة فى التعديل يمكن استخدامه فى عقود البوت وذلك للاعتبارات السابق بيانها ولكن الأمر يتقيد بطبيعة الحال بضرورة تعويض المتعاقد « شركة المشروع » عن الأضرار التى يمكن أن يسببها هذا

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : ٣٠ يونيه لسنة ١٩٥٧ – قضية رقم ١٩٨٣– لسنة ٧ ق – سابق الإشارة إليه .

التعديل . وتدل بعض التجارب المقارنة فى عقود البـــوت مثـــل التجربـــة الأرجنتينية – كما سبق بيانه – إقرار حق الإدارة فى تعديـــل العقـــد مـــع تعويض شركة المشروع مقابل ذلك تعويضا يعادل ما أحدثه هذا التعديل من أضرار أو أعباء على شركة المشروع .

ثالثا : خضوع منازعات عقود البوت
للتحكيم يؤثر على سلطات الإدارة فيه

تخضع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فـــى فـــض منازعاتـــها للتحكيم . فشركة المشروع تحرص على النص عند إبرام هذه العقود علـــى أن تخضع للتحكيم . والتحكيم أسلوب لفض المنازعات ملـــزم لأطرافـــها . وينبنى على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينـــهم من نزاع .

وارتبط نظام التحكيم فى السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصاديـــة وجذب الاستثمارات الأجنبية . وتأثرا بالاعتبارات السياســـية والتغيـــيرات الاقتصادية اتسع نطاق الأخذ بنظام التحكيم وتعدى العقود التجاريـــة إلـــى عقود التنمية الاقتصادية سواء أكانت عقودا مدنية أم عقـــودا إداريـــة[1] . ويرجع ذيوع التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فى إطار منازعـــات هـــذه العقود إلى عدة عوامل منها[2] .

---

(١) فى ذلك راجع : جابر جاد نصار : التحكيم فى العقود الإدارية – دراسة مقارنة – ١٩٩٧ ص ١١ .

(٢) Fouchard (PH.) : L' arbitrage Commercial international , Thése 1968 – p. 11 et Suiv .

أولا : التحكيم يتميز ببساطة إجراءاته وسرعتها ، وذلك فى مواجهة البطء الشديد لإجراءات التقاضى أمام المحاكم . فالقضاء يحاط دائما بإجراءات معقدة وطويلة ومتعددة الدرجات . وذلك لأن القضاء شديد التحوط لحقوق الأفراد . هذا بخلاف التحكيم فأطراف العلاقة هو الذين يحددون إجراءاته وميعاد صدور القرار فيه .

ثانيا : يتميز التحكيم بسرية إجراءاته إن أراد أطراف العلاقة ذلك ، فهو أمر يقررونه . وفى نطاق العقود التجارية الدولية تعتبر السرية أمرا مهما ؛ لأن الأمر قد يتعلق بأسرار مهنية أو اقتصادية قد يترتب على علانيتها الإضرار بمركز أطراف العلاقة . كما أن هذه السرية تحد من تضخيم النزاع وقد تؤدى إلى التسوية الودية ، ومن ثم استمرار العلاقة بينهما . هذا كله بخلاف التقاضى أمام المحاكم والذى يسود مبدأ العلانية كل إجراءاته .

ثالثا : يتميز التحكيم أيضا بأنه يعطى لأطراف العلاقة قدرا كبيرا من الحرية فى تحديد المحكمين الذين سينظرون فى النزاع وهو لا يشترط فيهم أن يكونوا قضاة . وهو أمر يؤدى إلى اختيارهم أشخاصا ذوى خبرة بموضوع النزاع ، هذا بخلاف القاضى والذى يعين سلفا من سلطات الدولة.

ويواجه التحكيم باعتراضات ترتد فى أساسها إلى أنه آلية من آليات النظام الرأسمالى العالمى . فالدور الذى يلعبه التحكيم التجارى الدولى فى النظام القانونى الجديد لرأس المال هو الذى يفسر ما تضمنته المادة الثامنة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٤ من جواز الاتفاق على أن تتم تسوية المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بطريق التحكيم .. »[١] .

---

(١) حسام محمد عيسى : دراسات فى الآليات القانونية للتبعية الدولية « التحكيم التجارى الدولى ، نظرية نقدية ، بدون تاريخ نشر ، ص ٦ .

فالتحكيم وسيلة لكى تتمكن وحدات هذا النظـــام وهـــى الشـــركات العابرة للقارات من الإفلات من التقاضى الوطنى هذا من ناحيـــة . ومـــن الناحية العملية توجد اعتبارات كثيرة تؤثر فى اختيار المحكميـــن ، وفـــى تحديد القانون المطبق على النزاع ؛ وذلـــك لوجـــود الـــدول الرأســـمالية والشركات القوية كأطراف فى علاقة التحكيم »[1] . ومن ثم يضحى الأمـــر فى حقيقته فرض إرادة من جانب على جانب آخر . وإن تم الأمر فى نهاية المطاف فى صورة عقد رضائى .

فالسمة الأساسية التى تميز علاقات التجارة الدولية بيـــن الشـــمال والجنوب هو عدم التكافؤ بين أطراف هذه العلاقة مـــن ناحيـــة والتنـــاقض الهائل بين مصالح هذه الأطراف نفسها من ناحية أخـــرى . ويتيـــح عـــدم التكافؤ هذا للطرف الأقوى فى عقود التجارة الدوليـــة – وهـــو الشـــركات المتعددة الجنسيات – أن تفرض على الطرف الأضعف – وهو المشروعات العاملة فى الدول النامية – ما يشاء من الشروط الكفيلة بتغليب مصالحـــه ، ومن بينها شرط التحكيم .

« ولا تخفى خطورة هذا الوضع الراهن إذ أصبح الطرف الأجنبـــى الخصم والحكم وهو وضع يهدد المصالح الاقتصادية للعالم العربى فى عالم

---

(١) احمد القشيرى : التحكيم فى عقود الدولـــة ذات العنصـــر الأجنبـــى – مجموعـــة محاضرات الموسم الثقافى لنادى مجلس الدولة –١٩٨١–المجلد الأول – ص ٩٩ .
Delvolve (dean louis) : Arbitrage et ordre public dans les pays en développement, Rev . arbitrage 1979 , p 95 .

التحكيم الذى لا يبرأ من بعض النزعات العنصرية ولا يسلم من الشـــبهات العنصرية حينا ولا يسلم من الشبهات أحيانا كثيرة »[١] .

وعلى ذلك فإن نظام التحكيم أساسه إرادة أطراف الـــنزاع ، فـــهم الذين يفضلونه على قضاء الدولة ، وهم الذين يحـــددون عـــدد المحكميـــن ويسمونهم إن شاءوا ويعينون مكان التحكيم وإجراءاته والقواعد التى يخضع لها . وعلى ذلك فإن التحكيم يقتضى فى غالب الأمر ولا سيما فى العقـــود الدولية التى يكون طرفها أجنبيا أمرين :

الأمر الأول : استبعاد قضاء الدولة والاستعاضة عنه بهيئة تحكيـــم يختارها الأطراف ويعهدون إليها ببعض المنازعات التى تنشأ بينهم .

الأمر الثانى : استبعاد تطبيق القانون الوطنى على النزاع ، واحتيار قانون أجنبى لتطبيقه على العقد.

ونظرية العقود الإدارية ككل نظريات القانون الإدارى ســـواء فـــى فرنسا أم فى مصر هى نظرية قضائية فى المقام الأول . وإن كـــان هـــذا الأمر لا يمنع من تدخل المشرع لتنظيم جانب أو أكثر من جوانب العقـــود الإدارية ، أو عقد إدارى معين .

ويترتب على ذلك .. خضوع العقود الإدارية لنظام قانونى وقضائى مختلف عن النظام القانونى والقضائى الذى تخضع لـــه العقـــود المدنيـــة . وعلى ذلك فخضوع العقد الإدارى لنظام قانونى لا يعقـــد بنظريـــة العقـــد

---

(١) أحمد السيد صاوى : التحكيم طبقا للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدوليـــة - ٢٠٠٢ - ص ٩ .

الإدارى كما هى معروفة فى فرنسا ومصر والدول التى تأخذ بهذا النظـــام يؤثر على طبيعته ومركز الإدارة فيه .

وعلى ذلك يتضح أن التحكيم يؤثر على خصائص العقـــد الإدارى والنظام القضائى والقانون الذى يحكمه .

وفى إطار عقود البوت[١] ، فإن التحكيم يؤثر على ســلطات الإدارة فى العقد الإدارى . فثمة سلطات ثابتة للإدارة فى العقود الإدارية لا يمكــن نصور ممارسة الإدارة لها فى ظل خضوع العقد الإدارى للتحكيم ، ومـــن هذه السلطات :

أولا : حق الإدارة فى توقيع جزاءات على المتعاقد :

تتميز العقود الإدارية بوجود نظرية الجزاءات الإداريـــة ، والتـــى تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته بصورة سليمة تضمـن انتظام سير المرافق العامة . فإخلال المتعاقد بالتزاماته يؤثر علـــى ســير المرفق العام بانتظام واطراد .

وهو ما قررته محكمة القضاء الإدارى بحكمها بتاريخ ١٧ مـــارس ١٩٥٧ : « .. أن توقع عليه جزاءات تخضع لنظام قانونى غير معـــروف فى القانون الخاص ، فالجزاءات فى العقود الإدارية لا تستهدف فى الواقـــع من الأمر تقويم اعوجاج فى تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين

---

(١) إبراهيم احمد إبراهيم : آليات فض المنازعات والتحكيم فى عقـــود الـــ B.O.T بحث مقدم إلى مركز التحكيم – كلية الحقوق – جامعة عيـــن شـــمس – نوفمـــبر ٢٠٠٠ .

سير المرافق العامة . والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة ســـير المرافـــق العامة يقتضى ذلك . »[١] .

وتخضع هذه الجزاءات الإدارية لنظام قانونى يختلف عـــن نظـــام الجزاءات فى العقود المدنية وذلك كما يلى :[٢]

من ناحية أولى : فإن الإدارة توقعها بنفسها على المتعاقد معها دون حاجة للجوء إلى القضاء ، فالإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معـــها إذا أخلّ بالتزاماته العقدية بنفسها ، وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضـــاء مقدما . وعلة ذلك ظاهرة أن تراخى المتعاقد فى تنفيذ التزاماته أو امتناعــه عن ذلك قد يضر بالمرفق إضرارا كبيرا ، وتفاديا لذلك فإن الإدارة توقـــع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء .

ومن ناحية ثانية : فإن الإدارة تستطيع أن توقع هذه الجزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى نص فى العقد .

فسلطة الإدارة فى توقيع الجزاء على المتعاقد معها لا تشـــترط أن ينص عليها فى العقد حتى يمكن لها أن تمارسها فهى سلطة مســـتقلة عـــن نصوص العقد ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام فى تسييره أو تنظيمـــه ، ومن ثم فإنه إذا نص العقد على بعض هذه الجزاءات فإن الإدارة تســـتطيع أن تلجأ إلى تطبيق البعض الآخر دون أن يحاجها المتعاقد معها بعدم وجـود النص عليها فى العقد .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ١٩٥٧/٣/١٧ المجموعـــة – س ١١ – ص ٢٧٣ .

(٢) جابر جاد نصار : الوجيز فى العقود الإدارية – ٢٠٠٠ – دار النهضة العربيـــة – ص ٢١٣ .

وتتعدد صور هذه الجزاءات ؛ فقد تكون جـزاءات ماليـة مثـل : التعويضات والغرامة . وقد تتخذ صورة وسائل الضغط والإكراه ، مثـل : وضع المشروع تحت الحراسة فى عقد الالتزام ، أو حلـول الإدارة محـل المتعاقد فى تنفيذ العقد فى عقود الاشغال أو الشراء على حساب المتعاقد فـى عقد التوريد . وقد تتمثل هذه الجزاءات فى فسخ العقـد وإنـهاء الرابطـة التعاقدية .

ويتضح مما سبق أن خضوع العقد للتحكيم يمنع الإدارة من استخدام هذه السلطة .

٢- حق الإدارة فى استرداد المرفق قبل انتهاء مدة العقد :

فهذا الحق مقرر للإدارة وفقا للنظرية التقليدية لعقد الالتزام وهو مـا قررته المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . علـى أن هـذا الحق لا يتصور تطبيقه فى ظل عقود البوت وذلك لأن هذا الحـق يرتبـط بملكية الإدارة للمرفق . أما فى عقود البوت ، فإن الملـتزم - أى شـركة المشروع - ينشىء المرفق ويشغله مدة العقد ثم ينقل ملكيته مرة أخرى إلـى جهة الإدارة .

ولذلك لا يتصور ممارسة الإدارة لهذا الحق إلا إذا اتفق الطرفـان على ذلك صراحة . فهو أمر يهدد استثمارات شركة المشروع . ويجب فـى حالة حدوثه أن ينظم العقد بنصوص صريحة . وبمقابل عادل .

الفصل الثالث

انتهاء عقود البوت

عقود البوت شأن كل العقود الإدارية إما أن تنتهى نهاية طبيعية بتنفيذ الالتزام موضوع العقد . وإما أن تنتهى نهاية غير طبيعية ؛ أى مبتسرة . وهو ما سوف نتناوله كما يلى :

المبحث الأول : النهاية الطبيعية لعقود البوت

المبحث الثانى : النهاية غير الطبيعية لعقود البوت

المبحث الأول

النهاية الطبيعية لعقود البوت B.O.T

تنتهى العقود الإدارية كشأن العقود جميعا نهاية طبيعية إذا تم تنفيذ الالتزامات المترتبة عليها تنفيذا كاملا . فإذا كان الأمر يتعلق بعقد توريد مثلا فإن ذلك يكون بتسليم البضائع المطلوبة . وإذا تعلق الأمر بعقد أشغال عامة فإن العقد ينتهى بإتمام الأعمال المطلوبة ، على أنه يجب التمييز بين العقود الفورية التى لا تستغرق زمنا للتنفيذ والعقود الزمنية التى تستغرق زمنا طويلا ؛ كعقد الالتزام وعقد الإيجار وغير ذلك .

فالعقود الفورية تنقضى بالتنفيذ المحدد ميعاده فى العقد ولا تتولد عنها آثار تمتد عبر الزمن ، ولذلك سميت بالعقود الفورية .

أما العقود الزمنية فإنها تنتهى بانتهاء المدة التى يحددها العقد . مالم يتفق الطرفان على تجديد العقد ، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا وقد يكون ضمنيا . كأن ينص العقد على أن يجدد تلقائيا مالم يبد أحد طرفيه الرغبة فى إنهائه . وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٥/٥/١٦ إلى أنه « ... ومن حيث إنه يبين من مطالعة الأوراق أن الهيئة الطاعنة تعاقدت مع المطعون ضده بموجب عقد مؤرخ ١٩٧٩/٧/١٠ على عملية نقل وتفريغ الثلج ... وتضمن البند الثامن من هذا العقد بأن التعاقد سنة واحدة تبدأ من ١٩٧٩/٧/١٠ وتنتهى فى ١٩٨٠/٧/٩ ويتجدد العقد تلقائيا لمدد أخرى مماثلة مالم ينبه أحد الطرفين على الآخر برغبته فى إنهاء التعاقد قبل نهايته بشهر على الأقل بكتاب موصى عليه . ومن حيث

إنه لما كان مفاد البند الثامن من العقد مثار النزاع أن مدة التعاقد عام واحد يتجدد تلقائيا مالم ينبه أحد الطرفين الآخر برغبته فى إنهاء العقد قبل نهايته بشهر على الأقل بكتاب موصى عليه ، وكان الثابت أن مدة هذا العقد تبدأ من ١٩٧٩/٧/١٠ وتنتهى فى ١٩٧٩/٧/١٠ وقد خلت الأوراق من دليل يفيد قيام الهيئة الطاعنة بالتنبيه على المطعون ضده برغبتها فى إنهاء التعاقد فى الميعاد الموضح بالبند الثامن من هذا العقد فمن ثم يعتبر العقد مجددا لعام آخر ، يبدأ اعتبارا من ١٩٨٠/٧/١٠ وبهذه المثابة فإن قيام الهيئة الطاعنة بإنهاء العقد محل النزاع بدون مراعاة الميعاد المشار إليه يشكل ركن الخطأ فى جانبها لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية .. »[١] .

وتخضع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T لذات القاعدة . حيث تنتهى بانتهاء مدة العقد وتنفيذ الالتزامات التى تترتب عليه كاملة لا سيما ما تعلق منها بنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية .

وإذا استطال أمد تنفيذ العقد الإدارى بحيث تجاوز المدة المحددة فى العقد فإن الأمر لا يخرج عن احتمالين :

الأول : أن يكون التأخير لسبب راجع إلى المتعاقد ، ولذلك يتحمل هو مسئوليته .

الثانى : أن يكون التأخير لسبب راجع إلى الإدارة ، وفى هذه الحالة يجب عليها أن تعوض المتعاقد معها . وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٤/٧/٥ « .. ومقتضى ذلك أنه إذا قام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد فى غير المدة المحددة للتنفيذ بسبب يرجع إلى جهة

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٩٥/٥/١٦ الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٢ ق الموسوعة – جـ ٤٩ ص ١٥٣ .

الإدارة ، فإن من حقه أن يحصل على أية أعباء إضافية تحملها نتيجة تنفيذه للأعمال محل العقد فى فترة تالية للفترة المحددة لتنفيذها ، وبالتالى يكون له الحق فى المطالبة بأية زيادة قد تطرأ فى أسعار المواد وخلافه مما يستعمل فى العملية محل التعاقد .. »[١] .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٩٤/٧/٥ الطعن رقم ٤٤١٦ ، ٤٦٢٣ لسنة ٣٥ ق – الموسوعة – جـ ٤٩ ص ١٢٩ .

المبحث الثانى

النهاية غير الطبيعية لعقود البوت

الأصل أن يبلغ العقد منتهاه ، ويصل إلى نهايته الطبيعيـــة بتنفيـذ المتعاقدين لالتزاماتهما الواردة فى العقد والمترتبة عليه . على أن ذلـــك لا يكون دائما وفى كل الأحوال . فثمة عقود تنحل وتتحلل قبل أن تبلغ نهايتـها الطبيعية . وقد يكون ذلك باتفاق طرفيه . أو بحكم القانون أو بحكم قضـائى أو بحكم هيئة تحكيم .

أولا : انتهاء العقد باتفاق الطرفين :

وهو أمر مشروع ، فالعقد يتكون بإرادة طرفيه ، ولا مانع مـــن أن ينتهى قبل ميعاده باتفاق طرفيه . على أن ذلك يقتضـــى أن تعـبر الإدارة عن رغبتها فى ذلك بصورة صريحة ، وأن يكون لديها من الأســباب مــا يبرر ذلك .

ثانيا : انتهاء العقد بنص القانون :

قد يرتب القانون فى بعض الحالات فسخ العقد ، ومن ذلك ما نــص عليه قانون المناقصات فى المادة ٢٤ منه على ما يلى :

يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الآتيتين :

أ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، أو حصل على العقد عنطريق الرشوة .

ب - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

وينقضى العقد بقوة القانون أيضا فى حالات أخرى كما لو هلك محل العقد .

ثالثا : انتهاء العقد بحكم قضائى أو بحكم تحكيم :

فى هذه الحالة ينتهى العقد بحكم قضائى ، ويكون ذلك فى حالة لجوء أحد طرفيه إلى القاضى طالبا فسخ العقد . وغالبا ما يكون هو المتعاقد مع الإدارة لأن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة .

ولما كانت منازعات عقود البوت B.O.T تخضع فى غالب الأمر للتحكيم فإنه يمكنه أيضا أن ينتهى فى هذه العقود بحكم صادر من هيئة تحكيم .

كما يجوز للمتعاقد مع الإدارة طلب إنهاء العقد لأحد الأسباب الآتية :

أ - القوة القاهرة ؛ وهى الحادث الذى يستحيل دفعه ولا يرجع لإرادة أحد طرفى العقد سواء فى حدوثه أو فى توقعه ، ويترتب عليه جعل التنفيذ مستحيلا .

ب - تحقق شروط نظرية عمل الأمير أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على الوجه الذى سبق بيانه .

خاتمـــــة

عرضنا فى دراستنا السابقة للتطـــورات الحديثـــة لعقــد الالـــتزام والمتمثلة فى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البـــوت B.O.T . وهــذه التطورات أملاها التحول إلى اقتصاد السوق وبرامـــج الخصخصــــة علـــى المستوى المحلى ، وعلى المستوى الدولى سيادة فكر العولمة وكفالة حريـــة تداول رؤوس الأموال بين الدول المختلفة وتطلع جميع دول العـــالم نحـــو جذب الاستثمارات الأجنبية إليها .

ومما لاشك فيه أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لها بريـــق إذ تتضمن أن تنهض شركة المشروع ببناء المرفق وتشغيله مدة العقد ثم تنقــل ملكيته إلى الدولة المضيفة . وهذا البريق يمثل الخلفية الاقتصاديــــة لـــهذه العقود إذ أنها توفر التمويل اللازم لإنشاء المرافق العامة مما يخفف أعبـــاء عن ميزانية الدولة كان لابد أن تتحملها . على أن هـــذا الـــبريق لا ينفـــى المخاوف التى ترتبط بهذه العقود سواء من الناحية الاقتصادية أم من الناحية السياسية .

ولذلك كان لابد عند اللجوء إلى هذه العقـــود أن يتوافـــر الإطـــار التشريعى الفعال الذى يستطيع أن يضبط هذا اللجوء وبالتالى يعظم فوائــــد هذه العقود ويمنع أو يحد على الأقل من هذه المخاوف والمسالب .

وهو أمر لم يتحقق فى مصر . فعلى الرغم مـــن الاندفـــاع غـــير المبرر فى إبرام هذه العقود بصورة كبيرة فإن بعض هذه العقود كان مغرما

للاقتصاد المصرى . ولجأ المشرع - عوضا عن ذلك - إلـــى معالجــات جزئية لكل حالة على حدة .

وإذا أخذنا فى الاعتبار جمود الاجتهاد القضائى بخصوص نظريـــة العقود الإدارية ، فمازالت أحكام مجلس الدولة التى صــــدرت فـــى العقــد الخامس والسادس من القرن الماضى هى التى تحكم العقود الإدارية علـــى الرغم من التحولات الأساسية والعميقة التـــى أصـــابت النظـــام السياســـى والاقتصادى فى مصر . فإن غياب هذا الإطار يمثل معضلة حقيقية .

وإذا كان تدخل المشرع المصرى قد تأخر كثيرا لـــو وضـــع هـــذا الإطار لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لكى ينظم اللجوء إليها ويحد مـــن مخاطرها . فإن إصدار هذا التشريع أصبح ضــــرورة وطنيـــة ويجـــب أن يراعى الأمور التالية :

أولا : ضبط عملية اللجوء إلى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكيـــة بحيث يكون الأمر فى إطار محدد ومبين لأوجه النشاط التى تتلاءم مع هـذه العقود . حتى لا يؤدى الأمر فى النهاية إلى سيطرة الأجنبى على مفـــاصل الاقتصاد المصرى وسيطرته على خدمات ومرافق حيوية للوطن والمواطن.

ثانيا : إعادة النظر فى إطالة أمد هذه العقود والتى يمكن أن يصـــل إلى تسع وتسعين عاما . وهى مدة طويلة جدا . فالعقد الذى يستمر قرابـــة القرن من الزمان لابد أن يرتب أوضاعا سياسية واقتصاديـــة واجتماعيـــة يصعب التعامل معه . ولنا فى عقد التزام قناة السويس العظة والعبرة .

ثالثا : ضرورة اشتراط فى حالة كون شركة المشـــروع مســـتثمرا أجنبيا تحويل الأموال اللازمة لإنشاء المرفق من الخارج ، وأن يرتبط الأمر بضرورة استخدام تكنولوجيا ملاءمة للبيئة المحلية .

رابعا : إنشاء جهاز رقابى يتولى مراقبة إجراءات التعاقد .ووضمان وجود رقابة فاعلة للدولة أثناء إنشاء وتشغيل المرفـــق ومراجعــــة برامـــج صيانته حيث لها فى ذلك مصلحة محققة إذ يرتبـــط ذلـــك بقـــدرة شـــركة المشروع على تنفيذ التزامها بنقل ملكية المرفق إلى الدولة بعد انتهاء مـــدة العقد .

خامسا : ضرورة أن تقوم شركة المشروع أثناء تشـــغيل المرفـــق باستثمار جزء من أرباحها فى الدولة المضيفة بمـــا لا يؤثـــر فـــى حقـــها المشروع فى استرداد ما انفقته فى بناء المرفـــق أو يحقـــق لـــها الأربـــاح المعقولة وهو أمر تتبدى أهميته فى ظل عقود البوت التى تطبق لمدة طويلة من الزمن .

بهذه الضوابط وغيرها يمكن لعقود البوت أن تمثل إضافة للاقتصاد الوطنى . وبغيرها تصبح هذه العقود مغرماً يضيف إلى الاقتصاد الوطنـــى أعباء جديدة ومجهولا نسير نحوه ولا ندرى ما هى حقيقته .

والله من وراء القصد وهو يهدى السبيل

الفهرس

رقم الصفحة